Zweifelsfragen aus dem Anwendungsgebiet des § 816 B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität in Erlangen
vorgelegt von

Horst Kutzner
aus Graudenz
Referendar im Bezirk des Kammergerichts Berlin.

Approbiert am 25. Juli 1931.

Günzburg 1931
Buchdruckerei Karl Mayer

31:346

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Professor Dr. Locher.

MEINEN ELTERN!

Literaturverzeichnis.

1. Bein: Die Stellung des Pfändungspfandgläubigers bei Vornahme der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache.
   Diss. Erlangen 1908.
2. Brückner im Recht 1905 S. 180 ff.
   Die gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters im Streit mit den Ansprüchen eines Pfändungspfandgläubigers, insbesondere Art und Zeit seiner Geltendmachung.
3. Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 6. Aufl. 1913.
4. Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1902.
5. Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II. 3. Aufl. 1906.
6. Dölle: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Bd. III. S. 22 ff.
   Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe.
7. Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
   Band II: Schuldverhältnisse. 1930. 11. Aufl. (bearbeitet von Lehmann).
   Band III: Sachenrecht. 1929. 8. Aufl.
   Band V: Erbrecht. 1930. 8. Aufl.
8. Fey: Kann der gutgläubige zwischenzeitige Inhaber einer im Aufgebotsverfahren für nichtig erklärten Inhaberschuldverschreibung gegen den Aufbietenden Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltendmachen?
   Diss. Heidelberg 1911.
9. Förster-Kann: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 6. Auflage. 1926.
10. Francke in ZZPr. Bd. 36 S. 308: Die Entstehung des Pfandrechts an gepfändeten Sachen.
11. Freund in Leonhard's Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Heft 7. 1902:
    Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruches.
12. Friedemann: Zur Frage der Eratzpflicht des gutgläubigen Vollstreckungssuchers bei Pfändung und Versteigerung einer dem Schuldner nicht gehörigen beweglichen Sache.
    Diss. Leipzig 1909.
13. Galinsky: Die Herausgabeforderung des Berechtigten bei Rechtsverlust infolge von Verfügungen eines Scheinberechtigten.
    Diss. Erlangen 1906.
14. Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Auflage 1929.
15. Geiger: Der Ueberschuß aus dem Fahrnispfanderlös nach römischem, deutschem und bürgerlichem Recht.
    Diss. Erlangen 1907.
16. Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht. Bd. II. 1907.
17. Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. 1903.
18. Grosfeld: Die Ansprüche des Drittеigentümers aus unrechtmäßiger Mobiliarvollstreckung vor und seit dem Inkrafttreten des B.G.B. Diss. Rostock 1901.

19. Haymann, Fr. in Iherings Jahrb. Bd. 77.
Zuwendung aus fremdem Vermögen.
20. Heck: Grundriß des Schuldrechtes. 1929.
21. Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.
22. Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900.
23. Hellwig-Oertmann: System des Deutschen Zivilprozeßrechtes. Teil II. 1919. (Bd. II. 1912).
24. Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte. 1898.
25. Hendrichs: Die Ansprüche des Dritteigentümers nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen.
Diss. Erlangen 1908.
26. Houtermanns: Die Voraussetzungen und der Inhalt der Restitutionspflicht eines Nichtberechtigten, der eine dem Berechtigten gegenüber wirksame Leistung angenommen hat.
Diss. Leipzig 1902.
27. Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. 1916.
28. Jakobi in Festgabe für Gneist 1888:
Die Ersatzpflicht des Gläubigers aus unrechtmäßiger Mobiliarzwangsvollstreckung.
29. Jakobi im Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. IV. Abt. 1.
Das Recht der Wertpapiere.
30. Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. 1902.
31. Klingmüller: Begriff des Rechtsgrundes. 1901.
32. Kluckhohn im Archiv für bgl. Recht. Bd. 41:
Ueber die Verpflichtung zur Herausgabe des bei dem Verkaufe einer fremden Sache erzielten Gewinns.
33. Kriegsmann: Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung.
34. Krückmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 57:
Nachlese zur Unmöglichkeitslehre.
35. Landsberg in DJZ 1898/143: Zur Abänderung der C.P.O.
36. Mathieu: In welcher Weise nimmt das bürgerliche Gesetzbuch Stellung zu der Frage nach etwaigen Regressansprüchen im Fall des gutgläubigen Erwerbs gestohlener und inzwischen für kraftlos erklärten Schuldverschreibungen auf den Inhaber, und wie sind die dahingehenden gesetzlichen Bestimmungen auszulegen?
Diss. Erlangen 1912.
37. von Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts.
38. Meyer: Die Kraftloserklärung abhandengekommener Schuldverschreibungen auf den Inhaber, ihre Wirkung und die Ansprüche des gutgläubigen Erwerbers bei nachträglicher Entkräftung der Urkunde gegen den Erwirker des Ausschlußurteils.
Diss. Greifswald 1916.
39. „ Motive zu dem Entwurf eines B.G.B.
Amtliche Ausgabe. Band II.
40. Mügel: Das gesamte Aufwertungsrecht. 5. Auflage. 1927.
41. Müller: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. 1907.
42. Neumann in DJZ. 1901: Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen.
43. Oertmann: Kommentar zum B.G.B. Bd. II. 1929.
44. Oertmann im Recht 1910. S. 585:
Ersitzung und Bereicherungshaftung.

45. Oertmann im Recht 1915. S. 510:
Verfügung ohne Rechtsgrund über fremde Sachen.
46. Oertmann im Recht 1919. S. 330:
Noch einmal die Bereicherungsansprüche aus nichtigen Geschäften.
47. Oertmann im Archiv für civ. Pr.Bd. 96/1:
Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen.
48. Planck: Kommentar zum B.G.B.
Bd. II. (1907) 1928.
Band III. 1920.
49. „ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B.G.B. Berlin 1897. Band VI.
Bearbeiter: Achilles, Gebhard, Spahn.
50. „ Kommentar von Reichsgerichtsräten.
Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. II. 1928. 6. Auflage.
51. Reichel in Inerings Jahrbüchern, Band 53:
Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger.
52. Reichmayr: Die Zwangszahlung aus fremden Mitteln. 1910.
53. Riehl: Ueber die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts. 1888.
54. Riess: Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten.
Diss. Breslau 1902.
55. Römer im Archiv für civ. Pr. Band 119:
Ist § 281 B.G.B. auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt anwendbar?
56. Rosenberg: Lehrbuch des Zivilprozesses. 1929. 2. Auflage.
57. Salomon: Das Wesen und die Wirkungen des Ausschlußurteils bei der Kraftloserklärung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber.
Diss. Freiburg 1929.
58. Schmidt, Richard: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. 2. Auflage. 1906.
59. Schulz im Archiv für civ. Pr. Band 105:
System der Rechte auf den Eingriffserwerb.
60. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozessordnung. 1911.
61. Sinzheimer in LZ. 1915: Bereicherungsklage des Vermieters und Abführung des Versteigerungserlöses gegen den Pfändungspfandgläubiger.
62. Smoira: Die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen.
Diss. Königsberg 1911.
63. Stammler in Festgabe der Jur. Fak. Halle-Wittenberg für Fitting. 1903.
Zur Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung nach B.G.B.
64. Staub in JW. 1888: Klage und Einrede im Interventionsprozess.
65. Staudinger: Kommentar zum B.G.B.
Band II. (1912) 1929, 9. Auflage.
Band III. 1926. 9. Auflage.
66. Stein-Friedrich: Grundfragen der Zwangsvollstreckung. 1913.
67. Stein (Zit. Stein, Diss.) Der Rückerwerb des Nichtberechtigten.
Diss. Greifswald 1920.

68. Struckmann: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 1910.
69. Sydow-Busch-Crantz: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1930. 20. Auflage.
70. von Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1918.
71. Warneyer: Kommentar zum B.G.B. Bd. I. 1923.
72. Weber in Leonhard's Studien zur Erläuterung des bgl. Rechts, Heft 37. 1914:
Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten.
73. Wendt im Archiv für civ. Pr. Bd. 89:
Erwerb von einem Nichtberechtigten.
74. Wilcke: Die Wirkung des Ausschlußurteils bei der Kraftloserklärung. Diss. Leipzig 1930.
75. Wolff in Festschrift für Hübler:
Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache.

Abkürzungen.

Bay. Z. f. Rpfl.	Bayerische Zeitschrift für Rechtspflege.
DJZ.	Deutsche Juristenzeitung.
Gruchot.	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
JW.	Juristische Wochenschrift.
LZ.	Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht.
OLGE.	Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Recht.	Zeitschrift für den Deutschen Juristenstand.
RGE.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGStr.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Sächs. Ann.	Sächsische Annalen.
Seuff. Arch.	Seufferts Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Disposition.

I. Abschnitt.

Seite

§ 1. Einleitung. 1

§ 2. Rechtliche Qualifikation des Anspruches aus § 816 B.G.B. 2

§ 3. Bedeutung des rechtlichen Charakters für den Umfang der Haftung. 18

II. Abschnitt.

Zweifelhafte Anwendungsfälle des § 816 B.G.B.

1. auf prozessrechtlichem Gebiet.

§ 4. Zwangsvollstreckung in fremde bewegliche Sachen. 21

§ 5. Zwangsvollstreckung unter Verletzung des Rechts auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös. 39

§ 6. Pfändung fremden Geldes, Ersteigerung fremder Sachen durch den Vollstreckungsgläubiger, ihre Ueberweisung an ihn im Wege anderweitiger Verwertung. 41

§ 7. Kraftloserklärung einer abhandengekommenen, inzwischen von dritter Seite gutgläubig erworbener Inhaberschuldverschreibung durch Ausschlußurteil. 47

2. auf materiellrechtlichem Gebiet.

§ 8. Die durch Genehmigung des Berechtigten geheilte unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten. 60

§ 9. Die einer unwirksamen Verfügung des Nichtberechtigten nachfolgende Spezifikation. 67

§ 10. Die einer unwirksamen Verfügung des Nichtberechtigten nachfolgende Ersitzung. 70

§ 11. Die dinglich wirksame, aber rechtsgrundlose Verfügung des Nichtberechtigten. 73

§ 12. Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten. 76

§ 13. Besondere Zweifelsfälle aus dem Gebiet der beschränkten dinglichen Rechte. 80

III. Abschnitt.

§ 14. Schlußbemerkung. 86

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549628_0049

I. Abschnitt.

§ 1. Einleitung.

Die Aufnahme des § 816 B.G.B. in den geschlossenen Kreis der althergebrachten Kondiktionen ist eine Neuschöpfung unseres bürgerlichen Gesetzbuches. Noch die beiden ersten Entwürfe eines B.G.B. hatten den in § 816 normierten Tatbestand nicht in die Bereicherungsvorschriften eingereiht, sondern es befanden sich im System des Gesetzbuches verstreut gleiche oder ähnliche Vorschriften im Zusammenhang mit den Materien geregelt, auf die der Tatbestand unseres jetzigen § 816 Abs. I zugeschnitten ist. So im Entwurf I. die §§ 839, 880, 2081 N. 3, die im Entwurf II. als §§ 812, 850 und 2232 wiederkehren. Die weitere Ausdehnung des Grundsatzes vom schutzbedürftigen Verkehrsinteresse, das bisher nur beim Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten anerkannt war, — namentlich auf Tatbestände des Obligationenrechts,[1] — liess es den Redaktoren des zweiten Entwurfes notwendig erscheinen, für alle in ihren Auswirkungen gleichartigen Fälle eine einheitliche Vorschrift zu schaffen, die dem Betroffenen einen Anspruch gegen den in seine Rechtssphäre eingreifenden Dritten gewähren sollte.[2] Auf diese Weise kam der § 816 B.G.B. zustande. Von dem Gesetzgeber erhielt er seine Stelle in einem Abschnitt des B.G.B. zugewiesen, der offenkundig vom römischen Recht besonders stark beeinflusst ist. Es stellt sich damit unwillkürlich von selbst die Frage, ob § 816 B.G.B. seinem inneren Wesen nach rechtlich als Bereicherungsanspruch gewertet werden kann. Hiermit hängt aufs engste die weitere Frage zusammen, ob aus einer eventuellen Wesensverschiedenheit unseres Anspruches gegenüber den übrigen Bereicherungsansprüchen abweichende rechtliche

---

1. Das zeigt die besondere Formulierung des § 816 Abs. II. deutlich, obwohl die Fälle des Abs. II. eigentlich schon von Abs. I. umfasst werden.
2. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines B.G.B. Berlin 1899 Bd. VI. S. 200. Vgl. unten S. 3.

Folgerungen in der Behandlung beider gezogen werden können. Gerade das Problem des Haftungsumfanges hat den Anlaß gegeben, diese Streitfrage nochmals aufzunehmen, denn aus ihrer Lösung ergibt sich für die nachfolgende Abhandlung manches Bedeutsame, das dazu beiträgt, das zweifelhafte Anwendungsgebiet des § 816 zu befruchten.

§ 2. Rechtliche Qualifikation des Anspruches aus § 816 B.G.B.

Die überwiegende Meinung erblickt in § 816 einen Bereicherungsanspruch. Sie beruft sich zunächst auf die Stellung des § 816 im System des Bürgerlichen Gesetzbuches,[1] auf die gleiche Wortfassung in § 812 und § 816, insofern beide Vorschriften schlechthin von der Herausgabe des „Erlangten" sprechen,[2] und schliesslich auf die innere Verwandtschaft beider Ansprüche, weil sie dazu dienen, einen mit der Idee des Rechts nicht im Einklang stehenden Rechtszustand auszugleichen.[3] Ausserhalb des Rahmens dieser übereinstimmenden Momente spalten sich sodann schon die Lehrmeinungen. Einige Vertreter der Bereicherungstheorie behaupten nämlich, der § 816 B.G.B. werde von dem allgemeinen § 812 B.G.B. mitumfasst[4] und sei nur ein typischer Anwendungsfall des Bereicherungsrechts, andere behaupten gegensätzlich — im Widerspruch, wie es scheint, mit dem Wesen eines jeden Bereicherungsanspruches —, der § 816 sei dem § 812 als besondere Bereicherungsnorm koordiniert, da es an einem rechtlichen Grunde für den Erwerb des herauszugebenden Gegenstandes nicht fehle,[5] auch die im § 812 vorausgesetzte Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung nicht verlangt werde.[6] Diese Verschiedenheit in der Begründung der Bereicherungsnatur des § 816 zeigt deutlich, dass er in dieser Beziehung zu

1. v. Mayr a. a. O. S. 41. Galinsky a. a. O. S. 8. ausser den einschlägigen Kommentaren und Lehrbüchern.
2. So mit noch anderen Argumenten Oertmann im Arch. f. civ. Pr. Bd. 96. S. 39.
3. Stammler a. a. O. S. 165/66, der alle im 24. Titel stehenden Ansprüche aus den Gedanken des richtigen Rechts erklärt.
4. Houtermanns a. a. O. S. 16. Galinsky a. a. O. S. 8. Oertmann B.G.B. § 816 A. 1. Hellwig Vert. auf Lstg. an Dritte S. 135. OLG. 22/355.
5. Planck B.G.B. 1928 § 816 A. 1
6. Staudinger B.G.B. 1912 § 816 A. 1. Obwohl er einen allgemeinen Bereicherungsanspruch annimmt, verwendet v. Mayr S. 320 dieses Argument für die besondere Normierung des § 816. Jung a. a. O. S. 48/49. Freund a. a. O. S. 18.

Zweifeln genügenden Anlaß bietet. Es kann daher nicht wundernehmen, daß eine Gegenmeinung den Bereicherungscharakter des § 816 überhaupt leugnet[7] und in ihm einen Ausgleichsanspruch eigener Art erblickt, durch den eine Haftung des Pflichtigen „auf den Ueberrest" begründet wird.[8]

Aus gewichtigen Gründen kann man sich dieser Ansicht nicht verschliessen. Schon die Tatsache, daß der § 816 erst nachträglich unter die Bereicherungsvorschriften eingereiht worden ist, namentlich aber sein geschichtlicher Werdegang deuten auf eine bestehende Verschiedenheit zwischen unserem Anspruche und den übrigen Bereicherungsvorschriften hin, die an Klarheit nur durch die vorerwähnte Einbeziehung des § 816 in das Bereicherungsrecht verloren hat. Die herrschende Lehre läßt die Entstehungsgeschichte unserer Bestimmung vollkommen unberücksichtigt und hat letzten Endes nur das Argument für sich, daß der Gesetzgeber die Wertung unserer Norm, als Bereicherungsanspruch durch ihre Einweisung in den Kreis dieser Vorschriften beabsichtigt habe. Die Absicht allein genügt nicht, wenn der Gesetzgeber den Anspruch nicht auch mit den typischen Merkmalen des Bereicherungsanspruches ausgestaltet hat, was er in der Tat nicht getan hat.[9] Ob diese Absicht bei den Redaktoren des zweiten Entwurfs aber überhaupt vorgeherrscht hat, ist so wenig, ja noch weniger nachweisbar als das Gegenteil. Wenn in den Protokollen[10] niedergelegt ist,

> —„es sei in der Konsequenz der bisherigen Bestimmungen (§§ 839, 880) gelegen, auch an anderen einschlägigen Stellen (gemeint ist die Zession) eine entsprechende Vorschrift zu schaffen, und es erscheine deshalb zweifellos richtiger, anstatt mehrerer gleichartiger, unter den verschiedensten Materien zerstreuter Bestimmungen eine Vorschrift da aufzunehmen, wo die ungerechtfertigte Bereicherung im Zusammenhang behandelt werde,"—

so gibt diese Begründung, wie in der Einleitung schon hervorgehoben ist, zwar den Grund für die einheitliche Normierung des § 816 an, sie läßt aber nicht mit genügender Klarheit erkennen, aus welchen Erwägungen heraus er gerade

7. Schulz a. a. O. S. 346/411. Riess a. a. O. S. 74.
8. Ausdruck stammt von Schulz a. a. O. S. 346/412.
9. Vgl. unten S. 15 ff.
10. Vgl. oben § 1. A. 2.

in die Bereicherungsvorschriften eingereiht worden ist. Sicherlich verdankt er seine Stellung im System des B.G.B. jenem Umstand, auf den Hellwig[11] hingewiesen hat, daß es die Einbeziehung anderer als dinglicher Tatbestände in den Kreis der Gesetzesvorschrift schwierig gemacht habe, ihr die richtige Stelle zuzuweisen. Vielleicht trifft auch Riess[12] Ausführung zu, dass die Einschiebung des § 816 in die Bereicherungsvorschriften einer unbewußten Gedankenverbindung im Kopfe der Redaktoren entsprungen ist, weil auch er wie die übrigen Bereicherungsansprüche ausgleichende Tendenz hat. Wenn man dieses nicht abzuleugnende übereinstimmende Moment beider Ansprüche dazu benutzt, um die Bereicherungsnatur des § 816 zu begründen, so geht diese Argumentation ebenso fehl, wie der Natur der Sache nach der Anspruchscharakter nicht schon aus dem Gebrauch desselben technischen Ausdruckes „das Erlangte" in § 812 und § 816 hergeleitet werden kann.

„Erlangt haben" und „bereichert sein" sind keine identischen Begriffe. „Erlangen" bedeutet eben nur, etwas in sein Vermögen bekommen, ohne Unterschied, ob damit tatsächlich eine Vermögensmehrung verbunden ist. Wie sehr es aber der echte Bereicherungsanspruch nur auf die Vermögenslage des sogenannten „Bereicherten" abstellt, wie sehr andererseits der § 816 nur wenig von gleichen, vielmehr von weitergehenden Gesichtspunkten geleitet ist, werden die nachfolgenden Ausführungen noch zeigen.[13] Wenn ferner der § 816 durch seine Ausgleichstendenz dem § 812 angenähert ist, so besagt dieses Moment doch noch nichts für seine Bereicherungsnatur, denn diese Begründung geht von der unbewiesenen Voraussetzung aus, daß jeder dem Bereicherungsrecht angenäherte Anspruch auch in Wirklichkeit ein echter Bereicherungsanspruch ist, und sie liefert damit keinen zugkräftigen Gegenbeweis gegen die Ansicht, daß es nicht auch möglich ist, in § 816 einen Ausgleichsanspruch eigener Art zu erblicken.

Wie angedeutet, gewährt schon ein kurzer Ueberblick auf die Entwicklungsgeschichte ein anderes Bild vom Wesen

---

11. Hellwig in Vert. auf Lstg. an Dritte S. 135. Dennoch sieht er in § 816 zufolge seiner systematischen Stellung einen echten Bereicherungsanspruch.
12. a. a. O. S. 74.
13. Vgl. S. 14 ff.

des Anspruches aus § 816. Der Anspruch ist Ausfluß des deutschrechtlichen Grundsatzes, daß im Verkehrsinteresse das Eigentümerinteresse zurücktreten müsse. Es soll nicht behauptet werden, daß das für unser Bereicherungsrecht vorbildliche römische Recht die Schutzbedürftigkeit des Verkehrsinteresses nicht anerkannt hat. Das Gegenteil geht aus dem römischen Ersitzungsinstitut hervor. Dennoch hielt es bei Veräusserungen fremder Sachen an dem starren Grundsatz des „nemo plus juris transferre potest quam ipse habet" fest. Es hat deshalb einen Tatbestand wie den § 816 B.G.B., der auf die Fälle wirksamer Verfügungen Nichtberechtigter zugeschnitten ist, nicht als Kondiktionstatbestand aufstellen können, und es fragt sich, ob es dies jemals und dann in der Weise getan hätte, wie es im § 816 geschehen ist. Unser Anspruch ist voll und ganz deutschen Rechtsanschauungen entsprungen. Bekanntlich bewirkte die Publizitätsform der Gewere, daß jeder Redliche, der den Gegenstand vom Gewereinhaber erwarb, das dingliche Recht erlangte. Wenigstens gab die Gewere ihrem Inhaber die Macht, das dingliche Recht in Gestalt der Gewere, jenem fortentwickelten mittelalterlich deutschen Rechtsinstitut des unangreifbaren Besitzes,[14] zu übertragen.[15] Eine Ausnahme galt nur bei abhandengekommenen Sachen, weil dort der Grundsatz des „Hand wahre Hand" hinter dem Gesichtspunkt der Reaktion gegen den Friedebruch zurücktrat. Diese Rechtsgedanken sind — teils unter Abänderungen, insbesondere unter der Abweichung der Zubilligung eines Lösungsanspruches für den gutgläubigen Erwerber einer nicht offensichtlich abhandengekommenen Sache — von den Partikularrechten übernommen worden, während die gemeinrechtliche Wissenschaft noch an dem alten starren Grundsatz des römischen Rechts festhielt.[16] Von dort haben sie sich weiterverpflanzt in die Gesetzeswerke der Neuzeit, so vornehmlich in das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch und in unser bürgerliches Recht. Den dadurch geschaffenen Rechtszustand mußte man ohne Gewähr eines Ersatzanspruches für den verletzten Eigentümer, der bislang nur als Schadensersatzanspruch unter der erschwerten Voraussetzung geltend gemacht werden konnte,

14. Wolff § 69 III. in Ennecerus Bd. III. nachfolgend zit. Wolff.
15. Wolff § 4 II. namentlich II. 4.
16. Ausführlich Riess a. a. O. S. 67 ff.

daß den Täter ein Verschulden traf,[17] auf die Dauer unerträglich finden. Parallel mit dieser Entwicklung gingen denn auch bald Bestrebungen einher, den Betroffenen irgendwie schadlos zu stellen. Vorbildlich für unseren § 816 wirkte hauptsächlich das Allgemeine Preussische Landrecht. Hier kommen zwei Bestimmungen in Betracht, von denen die eine — § 262. I. 13. — mit ihrer erstmaligen Haftungsanordnung des unentgeltlichen Dritterwerbers[18] eine wichtige Ergänzung zu jener Bestimmung des § 28. I. 15 bildet, die sich im Anschluß an die Eigentumsklage findet und dem Beeinträchtigten zur Ergänzung seiner dinglichen Eigentumsklage einen obligatorischen Eigentumsschutz in folgender Gestalt gewährt:

„Hat der redliche Erwerber einer fremden Sache selbige rechtlicherweise veräussert, so ist er dem Eigentümer, wenn dieser auf andere Art nicht vollständig entschädigt werden kann, den bei der Veräusserung gezogenen Vorteil zu verabfolgen gehalten."

Unverkennbar liegt eine Geistesverwandtschaft zwischen dem § 816 B.G.B. und dieser Bestimmung des ALR. vor, und, es läßt sich deshalb die Annahme nicht von der Hand weisen, daß jener § 28. I. 15. bei der Schaffung unserer Gesetzesbestimmung mitbestimmend gewesen ist, zumal der endgültig jetzt im § 816 normierte Tatbestand zunächst nur wie im ALR. die Fälle des Abs. I. umfaßte, und was noch weit wichtiger ist, sich die erste Behandlung der Fälle des Eingriffes in fremde Rechte in den Entwürfen eines B.G.B. genau so wie im ALR. im Anschluß an die Eigentumsklage fand. Das ALR. hat aber jene Bestimmung nicht als Bereicherungsanspruch qualifiziert.[19]

Auch der Entwurf ist in dieser Beziehung viel klarer gehalten, wie die vorgeschlagene, hier anschliessend mitgeteilte Fassung des ehemaligen § 880 E. I. beweist:

---

17. Dazu die Ausführungen bei Riess S. 67, nach denen es keinen Ausgleichsanspruch im alten deutschen Recht gab, sondern die „Klage um Gut sich in eine Klage um Schuld wandelte."

18. Dazu Freund a. a. O. S. 8. Galinsky a. a. O. S. 5. Die sog. Verwendungsklage lautet: „Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines anderen verwendet worden ist, ist dasselbe entweder in Natur zurück oder für den Wert Vergütung zu fordern berechtigt."

19. Freund a. a. O. S. 7 ff., Riess a. a. O. S. 70 ff. Galinsky a. a. O. S. 5 f.

„Wer in Gemäßheit der §§ *** einen Rechtsverlust erleidet, kann von dem Nichtberechtigten, soweit dieser durch die unberechtigte Verfügung einen Vorteil erlangt hat, die Herausgabe des Vorteils nach den Vorschriften über die Erstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern."

Hier deutet schon die ausdrückliche Anordnung, daß der Vorteil nur entsprechend — und nichts anderes bedeutet die Wortfassung — „nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung" zu leisten ist, auf die fehlende Bereicherungs- und die vorhandene besondere Ausgleichsnatur des Anspruches hin, den mit den echten Bereicherungsansprüchen nur das gleiche Haftungsmaß verbindet. Die in der Fassung hervortretende scharfe Trennung zwischen Anspruchsgegenstand und Haftungsmaßstab findet eine treffende Erklärung in den Motiven,[20] wo es dem Sinne nach heißt: die Schaffung der besonderen Vorschriften der §§ 839, 880 habe sich als notwendig erwiesen, weil es im Hinblick auf den Gegenstand des Anspruches habe zweifelhaft sein müssen, ob der Verfügende zur Herausgabe nach dem allgemeinen Bereicherungs- § 748 verpflichtet sei.

Sie kehrt auch bei dem nahverwandten § 951 B.G.B. wieder, von dem man füglich nicht sagen kann, er statuiere einen echten Bereicherungsanspruch, denn abweichend von dem nach dem § 812 B.G.B. herauszugebenden Erlangten ist hier die zu leistende Geldmenge in anderer Weise kausal erworben; sie ist nicht wie der Herausgabegegenstand nach § 812 ohne rechtlichen Grund auf Kosten eines anderen erlangt, sondern sie wird im Wege der Auswechslung für den verwendeten und nach der Vorschrift des Gesetzes ebenfalls mit rechtlichem Grunde erworbenen Fremdgegenstand herangezogen, weil trotz unanfechtbaren Erwerbs der geschaffene Zustand ausgleichsbedürftig erscheint.[21] Ganz ebenso verhält es sich beim § 816 B.G.B., wie noch bewiesen werden wird.

Jedenfalls gewährt schon dieser kurze Ueberblick über die Entwicklungsgeschichte des § 816 keinen Anhaltspunkt für seine Bereicherungsnatur. Erst die weitere Ausdehnung des

---

20. Motive Bd. II. S. 853.
21. So RGE. 69/246. Schulz a. a. O. S. 413. Riess a. a. O. S. 61. A. A. auch hier die herrschende Lehre.

Grundsatzes vom schutzbedürftigen Verkehrsinteresse auf die Tatbestände des Obligationenrechts brachte, wie erwähnt, die Umwandlung des beschränkten obligatorischen Eigentumsschutzanspruches zum Rechtsbehelf für denjenigen mit sich, der durch Eingriffe Dritter in seiner Rechtssphäre getroffen wurde.[22] Wenn in Verfolg der gesetzgeberischen Bemühungen, einen einheitlichen Ersatzanspruch für die vermehrten Eingriffsfälle zu schaffen, schließlich der jetzige § 816 normiert worden ist, so stempelt seine Einbeziehung in die vom römischen Recht beeinflußten Bereicherungsvorschriften ihn noch nicht zum Bereicherungsanspruch. Es geht nicht an, mit Freund aus der vorerwähnten Tatsache der Ausdehnung des Geltungsbereiches des § 816 schon auf seine Bereicherungsnatur zu schließen, denn die Entwicklungsgeschichte weist einen anderen Weg, wie Freund in seiner Abhandlung richtig dargelegt hat. Um so verwunderlicher ist es, daß er als Stützpunkt für seine gegenteilige Auffassung nur dieses Argument anführt und damit als bewiesen voraussetzt, was erst zu beweisen war.[23] Trotz seiner Umgestaltung zum erweiterten Rechtsbehelf, trotz seiner Einweisung in das Bereicherungsrecht ist der Anspruch aus § 816 geblieben, was er war, nämlich ein besonderer Ausgleichsanspruch.

Mit den historischen Kondiktionen verbindet ihn nur das gleiche Haftungsmaß, sonst aber weist er gegenüber dem wahren Bereicherungsanspruch mehrere Eigentümlichkeiten auf. Das Wesen des Bereicherungsanspruches ist festgelegt in dem General-§ 812 B.G.B. Es besteht darin, daß etwas erlangt sein muß ohne rechtlichen Grund auf Kosten eines anderen. Es wird sich zeigen, daß beim § 816 von einem Mangel des Rechtsgrundes der Vermögensverschiebung nicht gesprochen werden kann. Selbst die Anhänger der Bereicherungstheorie[24] müssen zugeben, daß aus formellen Gesichtspunkten der Mangel des Rechtsgrundes nicht hergeleitet werden kann, weil die Vermögensverschiebung ihren Grund in dem Rechtsgeschäft zwischen Verfügendem und dem Dritterwerber hat. Es werden nun Versuche angestellt, ihn aus materiellen Gesichtspunkten zu erklären.

---

22. Freund a. a. O. S. 10.
23. a. a. O. S. 9 ff.
24. statt aller Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 1.

Nach Klingmüller[25] ist in den Fällen des § 816 nur die Rechts-, nicht aber die Vermögenslage rechtlich begründet, und nur in diesem Sinne spreche man von Rechtserwerb ohne Rechtsgrund. Es ist gewiß ein wertvoller Hinweis Klingmüllers, beim § 816 die Besserung der Vermögenslage im wirtschaftlichen Sinne zur Beurteilung des eigentlichen Haftungsanlasses heranzuziehen, denn von diesem Standpunkt erklärt sich verhältnismäßig einfach die gleichgestellte Haftung des entgeltlichen Verfügers wie des unentgeltlichen Dritterwerbers. Der Gesetzgeber konnte, ohne einen Mißgriff zu begehen, den unentgeltlichen Erwerber dem entgeltlichen Verfüger gleichstellen und ihn andrerseits trotz Gleichheit des Erwerbsaktes von dem entgeltlichen Erwerber verschieden behandeln, weil § 816 darauf abgestimmt ist, im Interesse des Betroffenen unterschiedslos dasjenige Vermögen zu erfassen, das einen Wertzuwachs erfahren hat, der dem Berechtigten gegenüber nicht aufrechtzuerhalten ist. Darin weicht der § 816 sehr wesentlich von dem echten Bereicherungsanspruch des § 812 ab, der es einseitig auf den sogenannten Bereicherten abstellt, und bei dem deshalb eine Haftung des unentgeltlichen Dritterwerbers nur ausnahmsweise gegeben ist, nämlich wenn vom Kondiktionsschuldner nichts zu erlangen ist, § 822 B.G.B. An geeigneterer Stelle[26] werden hierzu noch weitere Ausführungen gemacht werden. Hier mag einstweilen dieser Hinweis genügen, um das Problem in großen Umrissen anzudeuten, auf dem das Schwergewicht der nachfolgenden Abhandlung liegt.

Unbedingt zu weit gehen nun aber Klingmüllers Ausführungen, die die Vermögenslage im wirtschaftlichen Sinne von der Rechtslage vollkommen trennen und nur sie zur Bestimmung des Mangels vom Rechtsgrunde des Erwerbs verwerten. Der wirtschaftliche Erfolg kann nicht dermaßen vom juristischen getrennt werden, wie es dort geschieht, weil er immerhin auf dem juristischen beruht. Ist darum die Aenderung der Rechtslage mit rechtlichem Grunde eingetreten, dann erscheint auch die Vermögenslage rechtlich begründet. Ein Beweis für die Bereicherungsnatur des § 816 wird deshalb nur dann erbracht, wenn man von der Rechtslage sagen kann, sie entbehre des rechtlichen Grundes.

25. a. a. O. S. 11/12.
26. vgl. unten S. 14 ff.

Mehr darauf sind die Begründungen anderer Autoren abgestellt. v. Mayr[27] hält den Anspruch aus § 816 seinem inneren Wesen nach für einen echten Bereicherungsanspruch, denn auch hier sei etwas ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Berechtigten erworben: es komme nicht darauf an, ob die Verfügung sich auf einen Titel stütze, sondern darauf, ob die Verfügung durch die Beziehung des Verfügenden zum Berechtigten gerechtfertigt sei. Das sei zu verneinen, denn das Gesetz schütze zwar den Gegner, ignoriere jedoch nicht den Mangel der Verfügungsmacht gegenüber dem Berechtigten.

Aehnliche Ausführungen finden sich bei Oertmann,[28] der sagt: „...gegenüber dem wahren Berechtigten entbehre die Vermögensverschiebung allerdings der causa, und wenn der Erwerb des Verfügers dabei auch nicht formell aus seinem Vermögen gemacht ist, ist er doch materiell durch Mittel dieses Vermögens erkauft."

Die vorangeschickten Begründungen beschäftigen sich vorwiegend damit, den Mangel des Rechtsgrundes im Erwerb nur für das Verhältnis des Verfügenden zum Berechtigten zu bestimmen, und zwar erklären sie ihn aus der fehlenden Verfügungsmacht. Der Fall des Abs. I. S. 2 scheint ihnen mehr ein Ausnahmefall zu sein, der nur deshalb mit in die Gesetzesvorschrift aufgenommen worden ist, weil der lukrative Erwerb nicht stark genug ist, um auf Kosten des Berechtigten aufrechterhalten zu werden.[29] Diese Annahme enthält aber eine unzulässige Unterstellung, die dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht, denn der Fall des § 816 Abs. I. S. 2 ist dem des Abs. I. S. 1 völlig gleichgestellt. Er ist nicht wie § 822 B.G.B. durch seine systematische Stellung oder auch nur durch den Gebrauch einer Fiktion als Ausnahmefall kenntlich gemacht, bei dem ein mangelnder Rechtsgrund in Wahrheit nicht vorliegt. Die Tatsache allein, daß ein unentgeltlicher Erwerb verhältnismäßig seltener vorkommt, läßt ihn ebenfalls nicht als einen vom Fall des Abs. I. S. 1. rechtlich verschieden zu beurteilenden Sonderfall erscheinen. Geht man von der

---

27. a. a. O. S. 309 ff.
28. B.G.B. 1929 § 816 Anm. 1.
29. So sieht wenigstens Enneccerus 1930. Bd. II § 222. I. in § 816 Abs. I S. 2 keinen eigentlichen Bereicherungstatbestand.

nun einmal gegebenen Gleichheit der Tatbestände aus, so muß der Mangel des Rechtsgrundes entweder für beide Fälle des Abs. I einheitlich bestimmt werden, oder man verzichtet darauf und damit überhaupt auf die Feststellung der Bereicherungsnatur des § 816.

Ganz abwegig muß es aber erscheinen, den Mangel des Rechtsgrundes bei § 816 Abs. I. S. 1. mit der fehlenden Verfügungsmacht, bei § 816 Abs. I S. 2 mit der Billigkeit zu bestimmen, wozu man sich aus der richtigen Erkenntnis heraus verleiten lassen kann, daß der Gesichtspunkt der mangelnden Verfügungsmacht bei § 816 Abs. I S. 2 versagt.[30] Der Versuch, die Rechtsgrundlosigkeit der Vermögensverschiebung in den gleichliegenden Fällen des § 816 verschieden zu bestimmen, zeigt nur allzu deutlich die gewaltsame Unterordnung unter den § 812, denn wenn der Gesetzgeber im Falle des § 816 Abs. I. S. 2 den Mangel des Rechtsgrundes nur unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit hätte statuieren wollen, dann hätte er auch den § 822 nicht als Ausnahmefall des Bereicherungsrechts zu konstruieren brauchen. Zur Bestimmung des Mangels vom Rechtsgrunde die fehlende Verfügungsmacht heranzuziehen, geht ebenfalls nicht an. Die damit begründete Lehre von der Grundlosigkeit des Vermögenserwerbes scheitert, wie gesagt, am Prinzip des § 816 Abs. I S. 2. Die fehlende Verfügungsmacht kann naturgemäß nur verwertet werden zur Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen dem nichtberechtigten Verfüger und dem Berechtigten, denn gegenüber dem Dritterwerber wird sie nach dem Gesetz vollkommen ignoriert, auch im scheinbar entgegenstehenden Falle des § 816 Abs. I S. 2, da die dingliche Wirkung ja immerhin eingetreten ist. S. läßt sich kein geeigneter Gesichtspunkt ausfindig machen, der eine gleichmäßige Bestimmung des Mangels vom Rechtsgrunde in den Fällen des § 816 ermöglicht. Gerade wenn man die Sachlage einmal vom Standpunkt des unentgeltlichen Dritterwerbers beleuchtet, wird es klar, daß § 816 alles andere als einen echten Bereicherungsanspruch enthält, daß alle materiellen Erwägungen hier versagen, weil nach dem Gesetz eine Vermögensverschiebung immer dann mit rechtlichem Grunde eingetreten ist, wenn sie wie hier auf einem Rechtsgeschäft mit einem Dritten beruht.

30. So Galinsky a. a. O. S. 10/11.

Das wird bewiesen durch den schon mehrfach gemachten Hinweis auf den § 822 B.G.B., der im Prinzip dasselbe anordnet wie § 816 Abs. I S. 2, nämlich die Haftung des unentgeltlichen Dritterwerbers. Hier hat der Gesetzgeber selbst zu der Fiktion greifen müssen,

„wie wenn der Dritte die Zuwendung von dem Anspruchsberechtigten ohne rechtlichen Grund erworben hätte,"

weil nach dem im § 812 eingenommenen Standpunkt der Erwerbsgrund nicht zu bemängeln war. Gerade diese Bestimmung gibt über den Begriff des Mangels vom Rechtsgrunde, der den echten Bereicherungsanspruch auszeichnet, wichtige Aufschlüsse. Es läßt sich daraus ganz allgemein der Grundsatz ableiten:

Ein Mangel des Rechtsgrundes liegt so lange nicht vor, als der herausverlangte Gegenstand in das Vermögen des Anspruchsgegners auf Grund eines Rechtsgeschäftes gelangt ist, das er mit einem Dritten abgeschlossen hat.

Deshalb kann auch bei § 816 Abs. I S. 2 wenigstens von einem rechtsgrundlosen Erwerb des Verfügungsgegenstandes nicht gesprochen werden. Es wäre auch unverständlich im Hinblick auf den sich gleichmäßig vollziehenden Erwerbsakt des entgeltlichen Erwerbers, von dem noch niemand bezweifelt hat, daß er mit rechtlichem Grunde erfolgt ist, oder sollte die Bestimmung des Mangels vom Rechtsgrunde von dem Kriterium der Entgeltlichkeit des Geschäftes abhängen?!

Wenn gleichwohl bei § 816 Abs. I S. 2 der Gesetzgeber nicht zur Fiktion gegriffen hat, so spricht diese Unterlassung nicht für die Bereicherungsnatur, ebensowenig der Umstand, daß § 816 Abs. I S. 2 nicht wie § 822 durch seine systematische Stellung als Ausnahmeanspruch gekennzeichnet worden ist. Die unterlassene Verwendung einer Fiktion in § 816 Abs. I S. 2 erklärt sich ungezwungen daraus, daß unsere Bestimmung erwiesenermaßen als Neuheit in ein Rechtsinstitut eingeschoben worden ist, in das sie nach ihrem Werdegang nicht paßt. Andernfalls bedürfte es erst des Nachweises, warum der Gesetzgeber bei gleicher Sachlage eine verschiedene Regelung getroffen, insbesondere warum er im Falle des § 822 eine Fiktion gebraucht hat, da dieser Fall sich entwicklungsgeschichtlich unmittelbar anschließt an den echten Bereiche-

rungstatbestand des § 812 B.G.B.[31] Man kann nicht den geringfügigen Unterschied beider Bestimmungen — in § 816 Abs. I S. 2 Erwerb von einem dinglich Nichtberechtigten, in § 822 Erwerb von einem zwar dinglich Berechtigten, aber obligatorisch Verpflichteten — dazu benutzen, um daraus den Rechtsgrund und deshalb die Notwendigkeit der Fiktion in § 822 abzuleiten. Dagegen spricht schon der Wortlaut des § 822, der im Vordersatz den im Nachsatz fingierten Rechtsgrund der Vermögensverschiebung mit dem Rechtsgeschäft umschreibt. Ferner spricht dagegen die Erwägung, daß in § 816 Abs. I S. 2 wie in § 822 der Anspruchsgegner dinglich Berechtigter ist und es bei gleicher Sachlage für die Beurteilung des Verhältnisses zum Anspruchsberechtigten unmöglich auf dessen interne Beziehungen zum Zuwendenden ankommen kann.

Hat sich hiernach die oben dargelegte Formel, wenn auch nur nach der negativen Seite hin, als wertvoll für die Bestimmung des Rechtsgrundes bei rechtsgeschäftlichen Vermögensverschiebungen erwiesen, so gilt das vom unentgeltlichen Dritterwerber Gesagte gleichmäßig auch für den Erwerb des nichtberechtigten Verfügers, denn einmal wird, was nicht scharf genug betont werden kann, zwischen beiden Fällen vom Gesetz nicht unterschieden, zum anderen trifft die obige Formel in vollem Umfange auch für seinen Erwerb zu: er beruht auf dem Rechtsgeschäft mit dem entgeltlichen Erwerber. Das Gesagte muß für ihn umsomehr gelten, als an dem herauszugebenden Verfügungserlös der Anspruchsberechtigte vor der Entstehung des jetzigen Anspruches rechtlich nicht beteiligt war, wie dies wenigstens im Falle des § 816 Abs. I S. 2 und bei § 822 zutrifft.

Obwohl durch die bisherigen Ausführungen die Bereicherungsnatur des Anspruches aus § 816 schon widerlegt und der Nachweis erbracht sein sollte, dass er ein besonderer Ausgleichsanspruch ist, der nur deshalb in die Bereicherungsvorschriften eingereiht worden ist, weil auf ihn der Haftungsmaßstab des Bereicherungsrechts Anwendung findet, soll dennoch auf andere Argumente eingegangen werden, die ihn von dem echten Bereicherungsanspruch noch schärfer abgrenzen. Das

31. Womit nicht gesagt sein soll, dass § 822 nicht auch bei § 816 gilt. Vgl. S. 15.

geschieht namentlich deshalb, um gleichzeitig jener Lehre entgegenzutreten, die im § 816 einen besonderen Bereicherungsanspruch erblickt, der als solcher weder einen mangelnden Rechtsgrund noch die Unmittelbarkeit des Vermögensüberganges voraussetzt. Letzteres tut der § 816 in der Tat ebenfalls nicht. Ob aber ein unmittelbarer Vermögensübergang überhaupt Voraussetzung eines jeden Bereicherungsanspruches ist und die Worte

„auf Kosten eines anderen"

im § 812 nicht auch einen mittelbaren Uebergang genügen lassen, ist bekanntlich eine immer noch unausgetragene Streitfrage, deren Erörterung hier nicht im Rahmen der gesetzten Aufgabe liegt und deshalb unterbleiben kann. Im Hinblick darauf aber, dass diese Meinung vertreten wird, ist es nicht ratsam, den § 816 als besondere Bereicherungsnorm zu bezeichnen. Der Ausdruck „besondere Bereicherungsnorm" ist überhaupt irreführend, denn mit ihm verbindet sich zwangsläufig die Vorstellung, daß der Anspruch als solcher gemeinsame Wesenszüge mit dem Bereicherungsrecht aufweist. Es ist als Grundzug unseres Bereicherungsrechts hinzustellen, daß es bei seinem Bestreben, einen Ausgleich zu schaffen, die Sachlage doch einseitig vom Standpunkt des sogenannten Bereicherten beurteilt und es dabei auf dessen Bereicherungsmaß abstellt.

„Der leitende, aus dem Zwecke und der Natur des Bereicherungsanspruches hervorgehende Gedanke," bringt es, um mit v. Mayr zu sprechen, mit sich, „daß sich der Umfang der Haftung umgekehrt wie beim Schadensersatzanspruch nicht nach dem Einfluß des die Haftung begründenden Ereignisses auf das Vermögen des Berechtigten, sondern vielmehr nach der Wirkung dieses Vorganges auf das Vermögen des Verpflichteten bestimmt."[32]

Das Gesetz läßt ihn darum solange haften, als seine Vermögenslage im Zusammenhang mit dem Bereicherungsereignis gebessert erscheint. Ist sie es tatsächlich nicht mehr, dann versagt jeder Anspruch, nur als Ausnahmefall ist die im § 822 getroffene Regelung gedacht, daß ein Anspruch auch gegen ein drittes Vermögen — jedoch nur unter ganz besonderen Vor-

32. a. a. O. S. 591.

aussetzungen — gegeben ist. Dieser Ausnahmefall ist erweislich eine Durchbrechung des dem Bereicherungsrecht eigentümlichen Grundsatzes der Haftungsbeschränkung auf das Vermögen des „Bereicherten", wie er denn vom Gesetzgeber auch nicht als echter Bereicherungstatbestand fixiert worden ist. Rein äußerlich liegen die Dinge beim § 816 genau so. Auch hier haftet der Verpflichtete mit seinem Vermögen solange, als seine Vermögenslage gebessert erscheint, — auch hier findet § 822 mit derselben Maßgabe Anwendung wie in den übrigen Bereicherungsfällen. Dennoch besteht zwischen unserem § 816 und den echten Bereicherungstatbeständen ein grundlegender Unterschied, der ihn selbst als besondere Bereicherungsnorm nicht kennzeichnen läßt. Diese Besonderheit liegt darin, daß sich das Gesetz bei der Bestimmung des haftenden Vermögens nicht hat von den gleichen Gesichtspunkten leiten lassen wie bei dem echten Bereicherungsanspruch. Es hat bei der Haftungsanordnung unterschiedslos zwei Vermögensmassen gleichgestellt, die es bei den übrigen Bereicherungstatbeständen nicht gleichbehandelt hat, wie ein Blick auf den § 822 zeigt. Es hat, wenn man es einmal nicht ganz exakt in der Sprache des Bereicherungsrechts ausdrücken will, bei § 816 Abs. I. S. 2 eigenartiger Weise einen zweiten Kondiktionsschuldner geschaffen und dadurch die Anwendbarkeit des § 822 verdoppelt. Damit hat der Gesetzgeber den wahren Standpunkt des Bereicherungsrechts preisgegeben, daß so lange kein drittes Vermögen haftet, als das zunächst in Betracht kommende Vermögen — also hier dasjenige des Verfügenden — in seiner Gesamtlage noch gebessert ist. Deshalb hätte man, so meine ich, allenfalls dann im § 816 eine besondere Bereicherungsnorm erblicken können, wenn der Gesetzgeber den Tatbestand der Eigentümlichkeit des Bereicherungsrechtes entsprechend dahin formuliert hätte, daß der Verfügende auch im Falle der unentgeltlichen Zuwendung auf den Wert der Sache zu haften hat, soweit seine Vermögenslage um ihn durch Ersparung eigener Aufwendungen gebessert erscheint, wodurch zwangsläufig die Haftung des unentgeltlichen Erwerbers auf das gleiche Maß wie im § 822 beschränkt worden wäre. Dieser Gesichtspunkt ist, soweit ersichtlich, noch von keiner Seite erwogen worden, und doch trifft er die Problematik an der

richtigen Stelle. Wäre § 816 ein Bereicherungsanspruch wie § 812, so würde es unergründbar sein, warum der Gesetzgeber gleichliegende Tatbestände so verschieden beurteilt hat, während die Gegenmeinung die unterschiedliche Behandlung als etwas Gegebenes hinnehmen kann und nicht lange nach Gründen zu forschen braucht, weil für sie § 816 keinen Bereicherungsanspruch enthält. Zur Veranschaulichung diene folgendes Beispiel: Füttere ich ohne Geschäftsführungsabsicht fremde Tiere irrigerweise mit dem Futter eines anderen anstatt mit eigenem, so ist eine Kondiktion nur gegen mich und nicht gegen den Eigentümer der Tiere aus § 812 begründet die auf Ersatz des Wertes geht, den ich durch Aufwendung eigenen Futters erspart habe. Schenke ich dagegen gleiches Futter dem Eigentümer der Tiere zu denselben Zwecken, so hafte nicht ich nach Kondiktionsgrundsätzen, sondern er sogleich nach § 816 Abs. I S. 2.

Diese Beispiele sind namentlich gebracht, weil sie zugleich jenem Einwand vorweggreifen, auf den man sonst leicht verfallen kann, nämlich daß bei § 816 die Haftung des Verfügenden genau so wie bei § 812 an die Erlangung eines „etwas" geknüpft ist, das hier den Verfügungserlös ausmacht. Sie haben gezeigt, daß dieser Einwand vom Standpunkt der Bereicherungstheorie nicht gemacht werden kann, denn er kommt in seiner ganzen Tragweite einer Identifizierung des Haftungsobjektes mit dem Haftungsanlaß gleich und spräche als solcher eher gegen als für die Bereicherungsnatur des § 816. Von den Anhängern der Bereicherungstheorie ist er bisher auch noch nicht erhoben worden, denn für sie ist Haftungsgrund bei § 816 nicht die Tatsache der Hereinnahme des Verfügungserlöses, sondern die unberechtigte Verfügung. So sagt v. Mayr[33]: „... die Vermögensverschiebung ist schon gegeben mit dem Verfügen, das ein wirtschaftliches Konsumieren ist, nicht erst mit dem Eingang eines Gegenwertes aus dem Vermögen des Dritterwerbers."

Aber gerade wenn die Konsumtion des Fremdgegenstandes haftungsbegründendes Ereignis sein soll, ist es für den behaupteten Bereicherungsanspruchscharakter des § 816 unverständlich, warum mit der Haftung des Verfügers abgewartet

33. a. a. O. S. 322. 598.

wird, ob er entgeltlich oder unentgeltlich verfügt, — warum ausgerechnet der Verfügungserlös und nicht der Wert der Sache Haftungsobjekt ist. Diese seltsame Anordnung im Gesetz kann von den Gegnern nicht erklärt werden. Sie[34] widerlegen sich selbst, wenn sie sagen, es liege in der Haftung des Verfügers auf den Erwerb eine Erweiterung der Bereicherungshaftung, die ohne dies nicht auf das sogenannte lucrum ex negotiatione erstreckt sein würde, aber dies sei nur eine sachlich angemessene Erweiterung der Haftung, die in den Fällen des Textes (§ 816 Abs. I S. 1 u. 2) auch ohne die Sondervorschrift auf den Wert der veräußerten Sache nach § 812 gegeben sein würde. Wäre der Anspruch aus § 816 wirklich zum Bereicherungsanspruch ausgestaltet worden, bei dem die an sich auf den Wert der Sache gehende Haftung des Verfügers nur auf das Aequivalent erweitert ist, so müßte beim Mangel eines solchen im Falle unentgeltlicher Verfügung der Nichtberechtigte wenigstens auf den Wert der Sache haften, um den er sehr wohl bereichert sein kann, nämlich, wie angedeutet, unter dem Gesichtspunkte der Ersparnis von eigenen Aufwendungen, § 818 Abs. III.

Das Gesetz hat eine andere Regelung getroffen; es hat diese in der Natur des Bereicherungsrechts liegende Konsequenz nicht gezogen, sondern zum Haftungsobjekt nur das Aequivalent bestimmt. In diesem Sinne muß man sogar von einer beschränkten Haftung nur mit dem Verfügungserlös sprechen, an den die gleichen Haftungsfolgen wie beim Bereicherungsanspruch geknüpft sind. Es hat auf der anderen Seite eine Haftung des unentgeltlichen Dritterwerbers ohne jede Beschränkung eintreten lassen. Beides in offenbarem Widerspruch zur sonstigen Behandlung der Bereicherungstatbestände.

Nicht richtig sind deshalb auch die Ausführungen bei Kluckhohn[35], der von einer primären Haftung auf den Verfügungserlös und einer sekundären auf den Wert der veräußerten Sache spricht, und der auf Grund dessen zu dem abwegigen Ergebnis kommt, daß der Verfügende bei Erzielung eines ungewöhnlich hohen Gewinns infolge besonderen Ge-

34. Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 1. Kluckhohn a. a. O. S. 171. vgl. Anm. 30.
35. a. a. O. S. 171 ff. Dagegen auch Römer a. a. O. S. 351 f.

schickes und größerer Erfahrung, als der Berechtigte sie besitzt, nur auf den Wert der veräußerten Sache haftet, auf den er ohne die Sondervorschrift des § 816 auch nur gemäß § 812 haften würde. Der Fehler dieser Begründung erhellt daraus, daß es eben eine sekundäre Haftung auf den Wert des Verfügungsgegenstandes bei § 816 Abs. I S. 1 nicht gibt, sondern nur eine solche auf den Wert des Erlangten, der, wie sein spezieller Fall zeigt, ein ganz anderer sein kann als jener.

Die Frage, welche Gründe den Gesetzgeber zu einer abweichenden Regelung des § 816 gegenüber den sonstigen Bereicherungstatbeständen veranlaßt haben mögen, kann nicht anders als damit gelöst werden, daß dafür nur das gesteigerte Ausgleichsbestreben bestimmend gewesen ist, den verletzten Eigentümer vor weitergehendem Schaden als dem Untergang seines Eigentums zu bewahren. Aus der eigenartigen Haftungsanordnung im § 816 läßt sich unverkennbar entnehmen, daß der Gesetzgeber die Sachlage überwiegend vom Standpunkt des verletzten Eigentümers beurteilt hat, während er es beim echten Bereicherungsanspruch abgestellt hat auf die Vermögenslage des Bereicherten. Warum dann der Gesetzgeber den Verfügungserlös nicht hat surrogieren lassen bezw. den unentgeltlichen Dritterwerb nicht vollständig verhindert hat, das erklärt sich bei § 816 Abs. I. S. 2 ohne weiteres aus der prinzipiellen gesetzlichen Regelung des gutgläubigen Erwerbs, bei § 816 Abs. I S. 1 aus dem geschichtlichen Zusammenhang mit dem Eigentumsanspruch. Aus der Verletzung des Eigentums entstehen für den Berechtigten nur obligatorische Ansprüche.

Es ist nach alledem die Annahme berechtigt, daß § 816 kein Bereicherungsanspruch, sondern ein Ausgleichsanspruch eigener Art mit der Haftungsfolge nach Bereicherungsrecht ist.

§ 3. Bedeutung des rechtlichen Charakters für den Umfang der Haftung.

Die Feststellung der besonderen Natur des § 816 gewährt die schon in der Einleitung angedeutete Möglichkeit einer abweichenden Behandlung unseres Anspruches gegenüber den übrigen Bereicherungsfällen, die im Einklang mit der Entwicklungsgeschichte des § 816 steht. Im Gegensatz zu Riess,[1]

1. a. a. O. S. 74, insbes. 90. Uebereinstimmend Oertmann § 816 A. 1.

der unter Hervorkehrung gerade des geschichtlichen Momentes auch zur Annahme des besonderen Ausgleichsanspruchscharakters des § 816 gekommen ist, ist es m. E. abzulehnen, eine Haftungsbeschränkung des Pflichtigen ähnlich der der übrigen Bereicherten durch Umstände eintreten zu lassen, die seine Vermögenslage trotz der eingetretenen Vermögensverschiebung von vornherein nicht gebessert erscheinen lassen. Unter diesen Umständen sind alle diejenigen Tatsachen gemeint, die sich vor oder gleichzeitig mit der Entstehung der Haftpflicht aus § 816 ereignet haben und nun als haftungsmindernde Momente gewertet werden sollen. In dem weitaus praktischsten Falle bedeutet dies: der Pflichtige darf nicht die Aufwendungen abziehen, die er zur Anschaffung des jetzt von ihm veräußerten Gegenstandes des Berechtigten gemacht hat, — er darf es selbst dann nicht, wenn er seinen Regressanspruch gegen seinen Vormann aus § 440 verloren hat, weil diese Tatsachen in keinerlei Beziehung zu dem Verfügungserlös stehen.[2]

Bei der echten Bereicherungshaftung wird dem Bereicherten bekanntlich ein derartiges Abzugsrecht zugestanden, obwohl die Worte „nicht mehr" in der einschlägigen Gesetzesstelle des § 818 Abs. III nur an den Fall des nachträglichen Wegfalles der Bereicherung denken. Dennoch ist der von der herrschenden Lehre eingenommene abweichende Standpunkt für das Bereicherungsrecht zu billigen; er entspricht mehr dem anderen Ortes dargelegten Wesen des Bereicherungsrechts, das es bei der Beurteilung der Sachlage einseitig auf den sogenannten Bereicherten abstellt, und er läßt sich auch mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes vereinbaren, denn daß der Gesetzgeber bei der Normierung des § 818 Abs. III nur an den nachträglichen Bereicherungswegfall gedacht hat, erklärt sich, wie Oertmann es am treffendsten formuliert,[3] ungezwungen daraus, daß viel häufiger die zunächst eingetretene Bereicherung wieder wegfallen wird, als daß derselbe Vorfall von vornherein neben der positiven auch eine negative Einwirkung auf das Vermögen des Empfängers mit sich bringt. In den Fällen des § 816, die nach den bisherigen Untersuchungen es vornehmlich auf das Interesse des Verletzten

2. Freund a. a. O. S. 56 Oertmann i. Recht 1919. S. 330.
3. Oertmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 96. S. 40.

abstellen und ihn schadlos zu halten trachten, können die gleichen Gesichtspunkte keine Verwendung finden. Der in der Verfügung des Nichtberechtigten bestehende Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen hat schon genügenden Schaden für ihn zur Folge, sodaß es auf der anderen Seite nur als billig und gerecht angesprochen werden kann, wenn im Wege des Ausgleiches ihm nach Möglichkeit gleiche Gegenwerte geboten werden. Von dieser fast an Surrogation grenzenden Tendenz ist, wie schon erwähnt, unser § 816 auch beseelt, denn es wäre sonst nicht erklärlich, weshalb er die Haftung im Falle des Abs. I S. 1 gerade an die Erlangung des Verfügungserlöses und im Falle des Abs. I S. 2 sogleich und ohne Unterschied an den Verfügungsgegenstand selbst knüpft. Es sind diese beiden Wertobjekte gewissermaßen die Startpunkte, von denen aus sich der Ablauf der Haftung vollzieht. Wie vorher das Eigentum Rechtsgrundlage war für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen Eigentümer und Besitzer, so ist jetzt nach der Veräußerung der an seine Stelle getretene obligatorische Anspruch auf das Aequivalent oder den Verfügungsgegenstand selbst Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung. Es entspräche nicht der Billigkeit, gegen den (namentlich gutgläubigen) Besitzer einen Anspruch auf die Sache selbst ohne Gegenrecht zu geben, auch wenn er Aufwendungen zu deren Erwerb gemacht hat, und ihm andererseits ein Abzugsrecht zuzugestehen, wenn er jetzt die Sache veräußert. Aus diesem Grunde muß der Anspruch aus § 816 gleich grausam sein wie die rei vindicatio.[4] Der Pflichtige wird dadurch auch nicht schlechter gestellt, denn wie bei der Eviktion wird man ihm auch im Falle des § 816 einen Anspruch gegen seinen Verkäufer in analoger Anwendung des § 440 Abs. II. B.G.B. geben.[5]

Herauszugeben ist bei § 816 also immer das Erlangte und zwar schlechthin ohne Rücksicht darauf, ob der veräußerte Gegenstand neben dem Erwerb des Gegenwertes dem Pflichtigen auch Nachteile gebracht hat, und was im Anschluß hieran nochmals betont sei, ohne Rücksicht darauf,

---

4. Im Ergebnis auch Planck B.G.B. § 816 A. 7. Staudinger B.G.B. 1929 § 816 A. 1 a. K. v. RGR. 1928 § 816 B. 2. Crome a. a. O. § 317 A. 36. Schulz a. a. O. S. 346. OLGE. 43/90. Seuff. Arch. 67 Nr. 80, 75. Nr. 129.
5. So Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 2.

ob das Erlangte einen unverhältnismäßig hohen Gegenwert darstellt, den der Verfügende nur auf Grund eigenen Geschickes sowie größerer Erfahrung als der Berechtigte erzielt hat.[6]

Dieses Ergebnis konnte aber nur auf Grund der Erkenntnis gewonnen werden, daß § 816 kein Bereicherungsanspruch ist, denn sonst würde sich diese Folgerung als eine durch nichts gerechtfertigte Durchbrechung des bei der Bereicherung geltenden Grundsatzes darstellen, daß die Haftung des Bereicherten sich durch jede vermögensmindernde Einwirkung beschränkt.

II. Abschnitt.

Zweifelhafte Anwendungsfälle des § 816 auf prozessrechtlichem Gebiet.

§ 4. Zwangsvollstreckung in fremde bewegliche Sachen.

Den Anlaß zur Voranstellung dieses Spezialfalles bildet das eben gewonnene Ergebnis. Es wird sich zeigen, daß gerade bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache die Frage akut wird, ob die Haftung des Gläubigers durch Umstände ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, die für seine Vermögenslage neben den positiven auch negative Folgen gehabt haben.

Zuvor bedarf es jedoch allgemeiner Erörterungen über die Zwangsvollstreckung in fremde Sachen selbst. Diese Erörterungen knüpfen am zweckmäßigsten an den in der Praxis häufigsten Fall an, daß eine fremde bewegliche Sache außer Geld gepfändet und versteigert wird. Es liegt nahe, dem verletzten Dritteigentümer nach beendeter Zwangsvollstreckung einen Anspruch auf den Versteigerungserlös gegen den betreibenden Gläubiger aus § 816 zu geben. Jedenfalls ist diese analoge Ausdehnung des § 816 näher gelegen als eine Lösung der bezeichneten Frage direkt aus dem Prinzip des § 812, denn dieser Fall entspricht seiner äußeren Erscheinung nach mehr dem Tatbestand unserer Gesetzesvorschrift als dem des

6. vgl. Anm. 35 des § 2. Wie hier Warneyer B.G.B. 1923 Bd. I § 816 c Dernburg a. a. O. § 378 II. K. v. RGR. 1928 § 816 B. II. Crome a. a. O. § 317 A. 36. RGE. 88/356 JW. 1919/517 JW. 1920/399.

§ 812. Für alle diejenigen, die den Tatbestand des § 816 in dem allgemeinen § 812 aufgehen lassen, fehlt es zudem an einer inneren Berechtigung, hier den § 816 abzulehnen und mit der Anwendung des § 812 zu operieren.

Wie aus dem Vorerwähnten schon ersichtlich ist, ist die Anwendbarkeit des § 816 auf diesen Tatbestand freilich bestritten, und zwar aus den verschiedensten Gesichtspunkten heraus. Die einen leugnen die Nichtberechtigung des Pfändungspfandgläubigers, die anderen lehnen es ab, den Versteigerungsakt der Verfügung i. S. des § 816 gleichzustellen, andere wiederum halten beides für zutreffend, halten den § 816 aber gleichwohl für unanwendbar, weil der Pfändungspfandgläubiger seine Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner verliere, eine vierte Meinung endlich läßt den § 816 hinter dem Gesichtspunkt des in § 1247 B.G.B. zu Grunde gelegten Surrogationsprinzipes zurücktreten.

a) Zum Begriff der Nichtberechtigung.

Die Entscheidung der ersten Frage, ob der Vollstreckungsgläubiger ein Nichtberechtigter ist, hängt davon ab, ob für ihn durch die Pfändung ein Recht an dem fremden Gegenstand begründet worden ist. Die Entstehung eines Pfandrechtes behaupten ganz allgemein Staub[1], Müller[2] und Francke[3]. Sie gehen von der Erwägung aus, daß das Prozeßrecht selbstherrlich genug sei, um von sich aus materielles Recht zu schaffen. Der § 804 ZPO., der als Folge der Pfändung ein Pfandrecht entstehen lasse, sei aus sich selbst heraus auszulegen und zu ergänzen. In Verbindung mit § 808 ZPO. sei zur Pfandrechtsentstehung weiter nichts erforderlich als Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher und Vorhandensein der Sachen im Gewahrsam des Schuldners. Die materielles Recht erzeugende Kraft der ZPO. wird nach ihnen bewiesen

1. JW. 1888. S. 201 ff.
2. a. a. O. Er scheidet die Bedingungen für die Entstehung eines Pfandrechts
   a. in formelle oder solche Verfahrensvorschriften, deren Nichtbeachtung Nichtigkeit der Pfändung zur Folge hat,
   b. in sachliche, deren Nichtvorhandensein nur Anfechtbarkeit begründet.
3. ZZPR. Bd. 36 S. 308 f.

durch den § 810 ZPO., der die Pfändung von noch ungetrennten Früchten zulasse, die nach B.G.B. nicht Gegenstand besonderer Rechte sein könnten. Diesen § 810 benutzt insbesondere Müller[4] zu folgender Beweisführung: Wenn bei § 810 dem Eigentümer, der nicht identisch zu sein braucht mit dem Vollstreckungsschuldner, jeder Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung versagt ist, so ist nicht einzusehen, warum das Gesetz den Widerspruch des Eigentümers beweglicher gepfändeter Sachen, wenn es ihn schon zuläßt, nicht wenigstens nach Form und Frist sollte einschränken können. Dies sei im § 771 ZPO. geschehen, der dem Eigentümer nur während der Dauer der Zwangsvollstreckung ein Anfechtungsrecht in Gestalt der Interventionsklage gewähre. Sie wäre überflüssig und das auf den Dritten beschränkte Anfechtungsrecht unerklärlich, wenn kein wirksames Pfandrecht entstanden wäre. Der Eigentümer, der nicht rechtzeitig Widerspruch erhebe, bestätige damit stillschweigend die Pfändung. Andere materielle Gesichtspunkte Müllers sind hauptsächlich noch die jederzeit mögliche Konvalescenz[5] des Pfändungspfandrechts, die beim Erwerb des Pfandgegenstandes durch den Schuldner eintreten würde, und endlich die Erwägung, daß man dem Eigentümer bei der Pfändung gleichfalls wie bei der Verpfändung den Satz entgegenhalten könne, wo er seinen Glauben gelassen habe, da solle er ihn suchen.[6]

Die Heranziehung des Vertrauensschutzgedankens muß als ein Fehlgriff Müllers bezeichnet werden, denn von seinem Standpunkt aus entsteht ja schlechthin ein Pfändungspfandrecht ohne Rücksicht auf den bösen oder guten Glauben des Pfändungspfandgläubigers, — nur für die Erklärung des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs kann aber diese Erwägung Verwendung finden. Ebenso scheitert der Gesichtspunkt der Konvalescenz, zu der sich das Reichsgericht in Bd. 60/72 bekannt hat, denn ein wirksames, selbst anfechtbares Pfandrecht kann nicht mehr konvalescieren. In der Nichterhebung der Klage aus § 771 ZPO. mit ihm einen stillschweigenden Verzicht des Eigentümers zu erblicken, ist nahezu unmöglich. In dem passiven Verhalten jemandes einen Ver-

4. a. a. O. S. 95.
5. a. a. O. S. 96.
6. a. a. O. S. 101. Auch Francke a. a. O. S. 308.

zicht zu erblicken, ist an sich schon immer bedenklich. Beschreitet man diesen gefährlichen Weg, dann kann es doch nur in dem Falle geschehen, daß der „Verzichtende" über die Sachlage unterrichtet ist und sich der Tragweite seines Verhaltens bewußt ist.[7] In unserem Falle spricht die Nichterhebung der Widerspruchsklage während schwebenden Vollstreckungsverfahrens mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit für die Nichtkenntnis des Dritteigentümers von der Pfändung seiner Sachen. Man kann nicht mit Müller in der auf die Dauer des Vollstreckungsverfahrens beschränkten Klage aus § 771 ZPO. eine vom Gesetzgeber gleichzeitig statuierte Pflicht des Eigentümers zur Abwehr erblicken, deren Unterlassung den Ausschluß und den Verlust aller Rechte für den Betroffenen zur Folge hat. Das wäre ein Prinzip, dessen Beweis nicht zu erbringen und auch von Müller nicht erbracht worden ist, denn die zeitliche Schranke der Klage aus § 771 ZPO. als Gegenbehelf gegen die Zwangsvollstrekkung ergibt sich aus der Beendigung des Verfahrens. Schließlich ist auch sein Vergleich verfehlt, den er zwischen dem § 771 und § 810 ZPO. anstellt. Ein Widerspruchsrecht ist im § 810 ZPO. dem vom Vollstreckungsschuldner verschiedenen Eigentümer garnicht versagt, insbesondere ist es nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil mangels eines selbständigen Eigentums an den noch ungetrennten Früchten gar keine Möglichkeit für einen Widerspruch vorhanden ist[8]; richtig ist nur, daß das Widerspruchsrecht des Grundstückseigentümers infolge des auf Grund eines Pachtverhältnisses, eines Niessbrauches etc. bestehenden Fruchtziehungsrechtes des Vollstreckungsschuldners nicht schrankenlos gegeben ist. Im übrigen ist die Heranziehung des § 810 ZPO. als Beweis für die rechtserzeugende Kraft des Prozeßrechts verfehlt, denn daß mit der sogenannten Pfändung von Früchten auf dem Halm ein Pfandrecht schon vor ihrer Trennung entsteht, ist im Hinblick auf ihre aus § 93 B.G.B. zu entnehmende Ungeeignetheit, Gegenstand besonderer Rechte zu sein, nicht anzunehmen. Was durch diese Pfändung herbeigeführt wird, ist nur eine formelle Verstrickung.[9] Selbst wenn man aber sich zu der Annahme eines

7. So geht es hervor aus RGE. 68/400, 69/412.
8. wie Reichmayr a. a. O. O. S. 29 ff annimmt.
9. So Rosenberg a. a. O. S. 605. Oertmann ZZPR. 41/1 ff.

schon vor der Trennung entstehenden Pfandrechts bekennt, wäre die rechtserzeugende Kraft des Prozeßrechts damit noch nicht anzuerkennen, denn dann wäre § 810 ZPO. eine Ausnahmevorschrift gegenüber dem in den §§ 93/94 B.G.B. enthaltenen Grundsatz, die als solche noch keine allgemeine Regel schafft.

Mit überzeugenden Gründen wird überhaupt in der Literatur gegen die von Staub, Müller und anderen vertretene Lehre Sturm gelaufen[10]. Es kann der § 804 ZPO. nicht aus sich selbst ausgelegt und in dem Sinne verstanden werden, daß die Pfändung immer ein materiell gültiges Pfandrecht entstehen läßt, sondern er gewinnt Bedeutung nur im Zusammenhang mit den ihn einengenden Gesetzesvorschriften, die von der Tendenz geleitet sind, eine genaue Regelung für den Fall zu schaffen, daß in das Vermögen des Schuldners vollstreckt wird. Darauf deuten sowohl die Titelüberschrift als auch der § 803 ZPO. hin. Sie sprechen von der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Die Verwendung des Vermögensbegriffes setzt aber notwendig eine Beziehung zu dem Rechtsträger voraus, denn sonst hätte das Gesetz schlechthin anstelle des Vermögens „Gegenstände" setzen können. Als Rechtsträger kann aber nur der Vollstreckungsschuldner in Betracht kommen, wenn man den vernünftigen Sinn des Gesetzes nicht in sein Gegenteil verkehren will. Wie sehr die ZPO. nur an das Vermögen des Schuldners gedacht hat, geht aus § 807 und § 918 ZPO. hervor, bei denen ausdrücklich das Vermögen des Schuldners genannt ist. Als unbegründet ist die gegnerische Ansicht zu verwerfen, die der Zivilprozeßordnung selbst rechtserzeugende Kraft beilegt und auf Grund des § 804 in Verbindung mit § 808 zur Entstehung des Pfandrechts nur Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher und Gewahrsam des Schuldners für erforderlich erachtet, die Eigenzugehörigkeit des Pfandobjekts zum Vermögen des Schuldners aber für unerheblich erklärt. Wenn auch hier noch ein äußerer Anschein einer rechtlichen Beziehung des Schuldners zum Pfandobjekt besteht und man — weitherzig genug — deshalb noch geneigt sein könnte, das Vertrauen auf diesen

10. Staudinger B.G.B. 1912 § 816 A. 2a. Reichmayr a. a. O. S. 6. Wolff Festschrift S. 64/5. Neumann S. 16, Grosfeld S. 58 ff, Bein S. 18 f, Wendt S. 35 ff., Smoira S. 1 ff.

äußeren Tatbestand für schutzwürdig zu erklären, so fehlt der Schein einer Rechtsbeziehung doch gänzlich in dem Fall der Pfändung von fremden Sachen im Drittgewahrsam, auf den die Bestimmung des § 808 ZPO. entsprechend anzuwenden ist, § 809 ZPO. Ginge das Gesetz nicht von der stillschweigenden Voraussetzung der Eigenzugehörigkeit des Pfandes zum Vermögen des Schuldners aus, so würde es dieser Bestimmung an jedem vernünftigen Sinne fehlen.

Diese weitgehenden Konsequenzen werden von dem diesseitigen Standpunkt vermieden, wenn man als Folge der Pfändung zunächst nur eine „Pfandverstrickung"[11] eintreten läßt,[12] neben der die Pfandrechtsentstehung nur einhergeht, wenn der verstrickte Gegenstand zum Vermögen des Schuldners gehört, die aber das zu Unrecht betroffene Recht eines Dritten materiellrechtlich nicht beeinträchtigt, sondern lediglich im Interesse der Staatsautorität eine eigenmächtige Verwirklichung während der Dauer des Vollstreckungsverfahrens verhindert. Zum Schutze dieser Verstrickungswirkung besteht auch nur der § 137 STGB, der vom Strafgesetzgeber charakteristischer Weise in den Abschnitt: „Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Ordnung" eingereiht worden ist.[13] Zur Beseitigung der Verstrickungswirkung dient auch nur die Klage aus § 771 ZPO. Nicht von unserem, sondern gerade vom Standpunkt der Gegner ist diese Klage unverständlich, denn wäre ein Pfandrecht entstanden, so wäre in diesem Sonderfalle dem Eigentum die ungewöhnliche Kraft beigelegt, sogar gültige Rechte zu verdrängen, während es in der Regel im Kollisionsfalle dahinter zurücktritt.[14] Die dem § 771 ZPO. von den Gegnern beigelegte Präklusionswirkung geht aus keiner Stelle des Gesetzes hervor. Der Gesetzgeber, der eine derartige Wirkung von so ungeheuerlicher Tragweite hätte anordnen wollen, hätte dies unbedingt direkt und nicht nur mittelbar im § 771 ZPO. zum Ausdruck gebracht.[15] Die Richtigkeit dessen wird ferner bewiesen durch den § 878 Abs. II

11. Ausdruck stammt von Riehl a. a. O. S. 115.
12. Oertmann Arch. f. c. Pr. 96 22. Friedemann a. a. O. S. 40. Bein a. a. O. S. 15. Smoira S. 28 ff.
13. So der Standpunkt des RGSTR. 9/403, das es bei der Bestrafung nicht darauf abstellt, ob ein Pfandrecht besteht.
14. Smoira a. a. O. S. 27.
15. So Neumann S. 16, Friedemann S. 13, Smoira S. 36.

ZPO. Dort hat der Gesetzgeber dem am Verteilungsverfahren beteiligten Gläubiger die Geltendmachung seiner besseren Rechte vorbehalten. Was aber von ihm gilt, muß erst recht hier gelten, da der Eigentümer nicht wie dort durch das Gericht von dem Verfahren in Kenntnis gesetzt worden ist, deshalb mit aller Wahrscheinlichkeit von ihm nichts weiß und sein Schweigen füglich nicht als Genehmigung gedeutet werden kann. Schließlich spricht auch die Beschränkung des Widerspruchsrechts im § 771 ZPO. auf den dinglich Drittberechtigten nicht für den Anfechtungscharakter der Klage i. S. Müllers, denn ein Bedürfnis, auch dem Vollstreckungsschuldner die Klage zu gewähren, besteht nicht. „Abgesehen davon braucht eine Unwirksamkeit, die nur bestimmte Personen geltendmachen können, nicht notwendig Anfechtbarkeit zu sein, sondern sie kann gleichbedeutend sein mit Nichtigkeit, — das zeigt § 1329 B.G.B. i. V. mit § 632 ZPO."[16] Die Ablehnung der Theorie von der Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts rechtfertigt sich außerdem aus teleologischen Erwägungen. Nicht mit Unrecht hebt Jacobi[17] hervor: „Nach dieser (der Gegner) sonderbar klingenden Meinung hätten wir unleugbar eine mit sich selbst im Kampfe liegende Prozeßordnung, welche für eine sachgemäße Entscheidung der feinsten Fragen des Mein und Dein im Instanzenzuge die ausgedehntesten Garantien gibt, um hinterher in der Zwangsvollstreckung es für gleichgültig zu erklären, ob Mein oder Dein gepfändet wird und dessen Ertrag in die Taschen einer Person fließt, der der Gepfändete keinen Pfennig schuldet."

Die Gegenmeinung enthält geradezu ein Privileg für widerrechtliche Pfändungen, da der Gläubiger speziell fremde Sachen pfänden lassen könnte, um sich daraus bezahlt zu machen. Nicht zuletzt wäre es merkwürdig, dem auf eigene Faust handelnden Pfändungspfandgläubiger mehr Schutz angedeihen zu lassen als dem Erwerber eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts, der nur bei Gutgläubigkeit und nur an nicht abhandengekommenen Sachen ein Pfandrecht erwerben kann.[18]

---

16. Smoira a. a. O. S. 33.
17. Zeitschrift f. Gneist S. 175, ähnlich Reichmayr S. 32 f unter Vergleichung zum materiellen Recht.
18. Bein a. a. O., S. 18 ff.

Die bisher gemachten Untersuchungen richteten sich gegen die Annahme, daß mit der Pfändung unbedingt ein Pfandrecht entsteht, unbekümmert um die Zugehörigkeit des Pfandobjekts zum Vermögen des Schuldners. Minder weitgehend ist die heute mehr und mehr verlassene Lehre, die den gutgläubigen Pfändungspfandgläubiger vornehmlich unter Berufung auf § 366 Abs. III H.G.B. und § 125 7(1207) B.G.B. an fremder Sache ein Pfandrecht erwerben läßt. Oertmann[19] versucht diese wie auch Staubs Lehre unter Hinweis auf § 806 ZPO. rettungslos zu Boden zu schlagen, denn, so meint er, würde die Pfändung ein Pfandrecht ohne oder bei gutem Glauben des Pfandgläubigers zur Entstehung bringen, so wäre der Ausschluß der Rechtsmängelhaftung im § 806 ZPO. unverständlich, da der Ersteigerer vom Berechtigten erwirbt. Dieses Argument ist nicht stichhaltig, denn selbst wenn man nach § 1207 B.G.B. einen gutgläubigen Erwerb zuließe, wäre für eine Rechtsmängelhaftung immer noch Raum, nämlich dann, wenn die Versteigerung unter Verletzung der wesentlichen Verfahrensgrundsätze erfolgt und dadurch dem Ersteigerer kein Eigentum verschafft worden wäre. Der Grund, den guten Glauben des Vollstreckungsgläubigers nicht als schutzwürdig anzuerkennen, liegt mehr am Prinzip des § 1207 B.G.B. Der Gedanke dieser Bestimmung ist doch folgender: Es soll der Pfandgläubiger, dem die Sache von seinem Schuldner verpfändet wird, vertrauen dürfen auf dessen Recht an der Sache. Bei der Pfändung trifft dieser Gesichtspunkt nicht zu, denn hier nimmt sich der Gläubiger im Zwangswege sein Befriedigungsobjekt. Selbst wenn es ihm aber vom Schuldner bezeichnet wird und er daraufhin auf die Sache greift, bleibt die Sachlage unverändert. „Jede noch so große Bereitschaft, selbst die tätigste Mitwirkung des Schuldners macht die Pfändung nicht zur Verpfändung."[20] Hätte der Gesetzgeber den guten Glauben bei der Entstehung des Pfandrechts berücksichtigen wollen, dann hätte er es sicherlich wie im Falle des § 898 i. V. mit §§ 894/97 ZPO. ausdrücklich angeordnet.[21] Die Verweisung auf die §§ 1257 B.G.B., 366 H.G.B. ist kein zugkräftiges Argument, denn § 1257 B.G.B. erklärt die Pfandvor-

19. Arch. f. civ. Praxis 95/20.
20. Wolff Festschrift S. 64/65.
21. Friedemann a. a. O. S. 46, Bein a. a. O. S. 28 ff, gegen gutgläubigen Erwerb auch Staudinger B.G.B. 1912 § 816 A. IIa und RGE 104/301.

schriften nur auf das bereits entstandene gesetzliche Pfandrecht für anwendbar und § 366 Abs. III H.G.B., der den guten Glauben bei der Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs usw. berücksichtigt, stellt sich infolge der besonderen Anordnung als singuläre Vorschrift dar, die die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb von Rechten an fremder Sache entgegen der Regel erweitert und darum nicht als Beweismittel benutzt werden kann.

Es liegt endlich kein Grund vor, den pfändenden Gläubiger im Falle der Gutgläubigkeit zu bevorzugen, nachdem man sich zur Pfandverstrickung bekannt hat. Das Gesetz beschränkt sich auf die im Interesse der Staatsautorität und Rechtssicherheit gebotene Pfandverstrickung, die zugleich ein Warnungszeichen für den betroffenen Eigentümer bildet, seine Sachen vor der kommenden Versteigerung zu retten, der aus Rücksichtnahme auf das schutzbedürftige Verkehrsinteresse eigentumsvernichtende Wirkung wie beim Vertragspfandrecht beigelegt wird.[22]

Hiernach erlangt der Pfändungspfandgläubiger an fremder Sache niemals ein Pfandrecht, und er handelt zweifellos als Nichtberechtigter, wenn die gepfändeten Sachen zur Versteigerung gelangen.

b) Zum Begriff der Verfügung.

Liegt aber alsdann eine Verfügung eines Nichtberechtigten vor, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist? Streng genommen nicht, denn nach der heute herrschenden beifallswürdigen publizistischen Auffassung[23] handelt der Gerichtsvollzieher wie bei der Pfändung auch bei der Versteigerung als staatliches Organ und nicht als Vertreter des betreibenden Gläubigers. Unter dem Gesichtspunkt, daß die Versteigerung ein Staatsakt ist, lehnen denn auch Stein-Jonas[24] und Freund[25] die Anwendbarkeit des § 816 B.G.B. ab. Freund hebt nicht mit

22. Wolff Festschrift S. 67, Friedemann a. a. O. S. 47, Bein a. a. O. S. 39.
23. Wolff Festschrift S. 72. Bein S. 53, Freund S. 33, Oertmann Arch. f. civ. Pr. S. 28, Smoira S. 77, RGE. 82/85, OLGE., 31/99. Vertretertheorie Grosfeld S. 58 ff, Friedemann S. 20 ff.
24. ZPO. § 771 VII 4, er gewährt nur § 812 B.G.B., Stammler a. a. O. S. 165/166.
25. a. a. O. S. 33 ff.

Unrecht hervor, daß, wo das Gesetz den rechtsgeschäftlichen Verfügungen ausnahmsweise solche im Wege der Zwangsvollstreckung, des Arrest- oder Konkursverfahrens gleichgestellt habe, es sich immer um eine Gleichstellung mit Verfügungen des Schuldners handele, so in den §§ 135, 161, 184, 353, 499, 883, 2115 B.G.B. Er folgt daraus, daß das Gesetz zu einer Gleichstellung mit Verfügungen des Gläubigers keine Handhabe biete. Es ist zutreffend, daß aus dem Schweigen des Gesetzes allein nicht per argumentum e contrario schon auf die Unanwendbarkeit des § 816 geschlossen werden könnte, wenn nicht ein entgegenstehender Grund ausfindig zu machen wäre, wie ihn Freund in der Ungleichheit der Fälle erblickt. Dagegen ließe sich einwenden, daß der Gesetzgeber anstandslos den Verfügungsbegriff in den angezogenen Gesetzesstellen zur Bezeichnung jener öffentlich-rechtlichen Akte verwendet hat und die mangelnde Gleichstellung im § 816 unergründlich wäre. M. E. sind aber seine Erwägungen nicht stichhaltig genug, um eine analoge Anwendung des § 816 auf unseren Fall auszuschließen. Es darf nicht verkannt werden, daß der Erfolg bei der Versteigerung genau der gleiche ist wie bei der rechtsgeschäftlichen Verfügung; nämlich — ganz allgemein gesprochen — Uebergang des Dritteigentums auf den Ersteigerer, der für ihn die Bedeutung eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs hat. Es darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Versteigerung, wenn sie auch ein Staatsakt ist, doch nur auf Betreiben und vornehmlich im Interesse des Pfändungspfandgläubigers erfolgt und zu seinen Gunsten ebenso wirkt, wie wenn er sie selbst vorgenommen hätte.[26] Bei der Verwertung des Faustpfandes ist dem Gläubiger die Wahl gelassen, ob er das Pfand im Wege des Privatverkaufes oder nach Erlangung eines vollstreckbaren Titels im Wege des gerichtlichen Pfandverkaufs verwerten will, § 1233 B.G.B. Sollte im letzten Falle die Versteigerung darum weniger seine Verfügung sein als im Falle des Privatverkaufes?! Die Gestaltung der materiellen Sachlage fällt entscheidend ins Gewicht; ihr gegenüber bildet der formaljuristische Verwertungsvorgang einen nebensächlichen Punkt.[27] Die schon hiernach gebotene Analogie

---

26. So mit Recht Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 1b, derselbe im Arch. f. civ. Pr. 96/31. Wolff Festschrift S. 72, Smoira S. 78.
27. Oertmann Arch. f. civ. Pr. 96. S. 30.

wird um so zwingender, als die Versteigerung in ihrer Wirkung nicht über diejenige der privatrechtlichen Verfügung hinausgeht; nur der Ersteigerer wird Eigentümer der Sache, der in Ansehung des Pfandrechts im guten Glauben ist. Dies ist wenigstens der Standpunkt der herrschenden Lehre, der mit dem Mangel einer anderweitigen Gesetzesregelung begründet wird,[28] und ich stehe nicht an, mich mit Entschiedenheit gegen sie zu wenden. Selbst wenn man aber in der Versteigerung einen Staatsakt erblicken würde, der ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben das Eigentum überträgt, und damit sich dem Standpunkt Steins[29] nähern würde, der den in der Versteigerung liegenden Verwertungsvorgang nicht auf das Pfandrecht, sondern auf die Pfandverstrickung zurückführt, wäre m. E. die Anwendbarkeit des § 816 nicht abzulehnen, denn für die rechtspolitisch gebotene Analogie kann der entwicklungsgeschichtliche Gesichtspunkt der Beschränkung des § 816 auf wirksame Verfügungsgeschäfte infolge guten Glaubens kein unüberwindliches Hindernis bilden. Ich muß mir vorbehalten, die Begründung hierzu an anderer Stelle zu geben, wo die Frage wirklich Bedeutung gewinnt.

Bei Zugrundelegung der publizistischen Theorie hält v. Mayr[30] die analoge Anwendung des § 816 Abs. I. S. 1. für ausgeschlossen, — er operiert dann mit dem Abs. II und zwar folgendermaßen: der Erlös wird zunächst vom Staat erworben, gegen den sich jetzt der Anspruch des Berechtigten richtet. Mit der Abfolgung des Erlöses an den Gläubiger kehrt sich der Anspruch an ihn als den empfangenden Nichtberechtigten. Diese Lösung setzt an die Stelle des einen ein neues gleiches Bedenken, denn ist die Anwendung des § 816 Abs. I. vom Standpunkt der publizistischen Theorie bedenklich, so muß auch die Heranziehung des Abs. II. verfehlt erscheinen, da hier gleichfalls materielle Gesichtspunkte verwertet werden. Sie ist es nach der richtigen Meinung nicht.

---

28. Wolff Festschrift S. 67, Friedemann a. a. O. S. 47, Bein S. 39, Oertmann vgl. A. 26 u. a.
29. Grundfragen S. 59, vgl. Stein-Jonas ZPO. § 825 II. 3. § 771 VII. 4. Die Richtigkeit seiner Lehre braucht hier nicht nachgeprüft zu werden.
30. a. a. O. S. 289.

c. Zum Begriff des Erlangten.

Mit dieser Feststellung ist die Anwendbarkeit des § 816 eigentlich schon bewiesen, denn das Vorliegen des letzten Erfordernisses, des mit der Verfügung einhergehenden Erwerbs eines Gegenwertes, sollte nicht bezweifelt werden dürfen. Das Erlangte besteht hier in der Hereinnahme des nach § 929 B.G.B. zu Eigentum erworbenen Versteigerungserlöses. Es ist dies auch der Standpunkt der immer noch als herrschend zu bezeichnenden Lehre.[31]

Hiergegen wird von Wolff und anderen[32] geltendgemacht, daß auch im Falle der unwirksamen Pfändung das Surrogationsprinzip des § 1247 B.G.B. dem Traditionsgrundsatze vorgehen müsse. Die Wolff'sche Ansicht unterliegt, so bestechend sie sein mag, doch gewissen Bedenken; sie führt im übrigen im Enderfolg zu demselben Ergebnis wie die herrschende Meinung. Wenn nach ihr auch zunächst der Versteigerungserlös surrogiert, so tritt alsbald bei der regelmässigen Vermischung des fremden Geldes mit dem eigenen, spätestens aber bei der Ausgabe des unvermischten Geldes eine Haftung des Pfändungspfandgläubigers nach § 951/§ 816 ein, die der gleich mit dem Versteigerungserlös nach § 816 eintretenden Haftung gleichkommt. Keinesfalls kann Wolff zugestimmt werden, daß der surrogierte Gegenstand die rechtlichen Schicksale der Pfandsache teile. Der Surrogationsgedanke darf m. E. nicht soweit führen, sogar Besitzschutzansprüche bzw. Besitzbereicherungsansprüche gegen den Erlösbesitzer zu gewähren, wenn sie gegen ihn als fehlerhaften Besitzer der Pfandsache gegeben waren.[33]

Für die Surrogation wird von der Gegenseite angeführt, es gebiete die mangelnde Regelung in der ZPO. eine Ausfüllung der Lücke durch nächstverwandte Normen, die sich im B.G.B.

---

31. Planck B.G.B. 1928 § 816 A. 2. Staudinger B.G.B. 1912 § 816 A. 2a. Crome § 321 I. Gierke § 218 VI. 1. v. Mayr S. 295. Sydow-Busch § 771 A. 4. Riess S. 13. Landsberg S. 143. Grosfeld S. 58 ff. Bein S. 58 ff. Wendt S. 64. Galinsky S. 20. Hendrichs S. 24. RG. in Gruchot 50/962. Recht 1904 Nr. 2019 = Sächs. Ann. 14/228. RGE. 40/288. RGE. 88/356. OLGE. 2/353, 26/275, 31/99, 37/167.
32. Wolff Festschrift S. 74 u. JW. 1920/399. K. v. RGR. 1928 § 816 A. 3. Biermann BGB. 1926 § 1247 A. 7. Reichmayr S. 78. 116. Friedemann S. 56 ff. Schulz S. 401. Smoira S. 60 ff.
33. Wolff S. 76, wie hier Friedemann S. 56 ff.

fänden. Trotz des entgegenstehenden Wortlautes des § 1247 B.G.B. sei es für das Vertragspfandrecht nicht zweifelhaft, daß bei unwirksamem Pfandrecht der Gläubiger den ganzen Erlös herausgeben müsse, denn er gebühre ihm genau so wenig wie dem wahren Pfandgläubiger die hyperocha; eine ungleichmäßige Behandlung beider Fälle wäre im übrigen unbillig.[34] Gleiches müsse analog für das Pfändungspfandrecht gelten, und zwar hier umsomehr, als im Parallelfall der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen die Surrogation vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt sei.[35] Der § 819 ZPO. stehe dem § 1247 B.G.B. nicht entgegen, denn er löse nur die prozessuale Komplikation, die durch das Dazwischentreten des Gerichtsvollziehers entstehe. § 819 ZPO. spreche zwar von der Zahlung des Schuldners, § 1247 von einer solchen des Pfandeigentümers, — es handele sich hier aber nur um eine nicht erhebliche und i. S. des § 1247 zu berichtigende Ungenauigkeit des § 819, die nur für den seltenen Fall wichtig werden könne, in dem Schuldner und Eigentümer auseinanderfielen.[36] Schließlich weist man zur Entkräftung der herrschenden Lehre einmal darauf hin, daß bei der Veräußerung nach den Grundsätzen des Pfandrechts die Sache als fremde verkauft werde und der Ersteher nur den Willen habe, den Kaufpreis dem Pfandeigentümer zu übereignen, während der Nichtberechtigte die Sache als eigene verkaufe mit der Maßgabe, daß der Kaufpreis ihm als Eigentümer von dem Dritten gegeben werde.[37] Zum anderen erblickt man eine Inkonsequenz der herrschenden Lehre darin, daß sie den Pfändungsakt — die Vorstufe zur Zwangszahlung — für wirkungslos erklärt, dem Zwangszahlungsakt dagegen Eigentumswirkungen beilegt.[38]

Diese Lehre will Oertmann[39] für das Vertragspfandrecht anerkennen, für das Pfändungspfandrecht lehnt er sie mit dem Hinweis darauf ab, daß § 819 ZPO. dem § 1247 B.G.B. als Sondernorm vorgehe und im Gegensatz zu diesem den Verlust der Forderung anordne.

---

34. Wolff S. 74. Schulz S. 402. Smoira S. 60.
35. Schulz Anm. 34.
36. Wolff S. 77.
37. Smoira S. 60.
38. Reichmayr S. 172.
39. Oertmann B.G.B. § 816 A. 1b u. Arch. f. civ. Pr. 95 S. 44/49.

Es läßt sich nach dem hier eingenommenen Standpunkt die gegnerische Lehre nicht mit dem Hinweis auf § 819 ZPO. bekämpfen. Er darf, wie gesagt, nicht isoliert, sondern muß im Zusammenhang mit den ihn einengenden Gesetzesvorschriften ausgelegt werden. Es ist bereits an anderer Stelle ausgeführt worden, daß der von der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen handelnde Abschnitt der ZPO. von der selbstverständlichen Voraussetzung ausgegangen ist, daß in das Vermögen des Schuldners vollstreckt wird. Das setzt § 819 unbedingt auch voraus, denn er spricht charakteristischer Weise von der Zahlung des Schuldners, während der § 1247 B.G.B. der nach § 1207 gegebenen Möglichkeit einer Befriedigung aus fremden Sachen Rechnung trägt und konsequent von einer Forderungsberichtigung durch den Pfandeigentümer spricht. Es liegt bei § 819 ZPO. hiernach entgegen der Ansicht Wolff's[40] gar keine zu berichtigende Ungenauigkeit vor, die nur in dem einen, aber gerade deshalb wichtigen Falle der Pfändung fremder Sachen praktisch werde. Hätte der Gesetzgeber diesen Fall mitberücksichtigt wissen wollen, dann hätte er sich mit größter Wahrscheinlichkeit eines anderen Ausdruckes ebenso wie im § 1247 B.G.B. bedient.

Bei der Vollstreckung in das schuldnerische Vermögen erweist sich aber die Anordnung, daß die Empfangnahme des Versteigerungserlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung seitens des Schuldners gelte, als notwendig, weil sich zwischen ihm und dem Gläubiger der Gerichtsvollzieher einschiebt und es unbillig erscheinen würde, für den Schuldner bis zur Aushändigung des Erlöses an den Gläubiger keine Befreiung eintreten zu lassen. Wo aber nicht in das schuldnerische Vermögen vollstrekt wird, versagt die Anwendbarkeit des § 819 ZPO., weil ein gleicher Gesichtspunkt nicht vorhanden ist.

Die Lücke, die in diesem außergewöhnlichen Falle eintritt, muß eben aus dem Prinzip des Gesetzes ergänzt werden. Die Ergänzung in dem § 1247 B.G.B. zu finden, geht nun aber ebenfalls fehl. Nicht nur äußere, sondern innere Gründe verbieten es, den Surrogationsgedanken bei der unwirksamen Pfändung und ebenso bei mangelndem Vertragspfandrecht zu verwenden. § 1247 B.G.B. setzt nach seinem Wortlaut ein gültiges Pfandrecht voraus und läßt nur den Teil des Versteі-

40. Vgl. Anm. 36.

gerungserlöses surrogieren, der die Forderung des Pfandgläubigers übersteigt. Ob die Anordnung der dinglichen Surrogation gegenüber der bloß obligatorischen Haftungsanordnung in den sonstigen Fällen des Eingriffs in fremdes Eigentum bedenkenfrei ist, braucht angesichts des vom Gesetzgeber nun einmal gemachten Unterschiedes nicht untersucht zu werden.

Die Anordnung der Surrogation im § 1247 B.G.B. rechtfertigt sich jedenfalls daraus, daß das Befriedigungszwecken dienende Pfandrecht seine Aufgabe nur erfüllen kann, wenn zwischen dem Pfandgläubiger und Eigentümer eine Rechtsgemeinschaft mit dem Ziele hergestellt wird, eine Teilung nach Maßgabe des Pfandanspruches zu bewirken, — und daß diese Teilung nur verwirklicht werden kann durch den an die Stelle der Sache tretenden teilbaren Verfügungserlös, steht außer jedem Zweifel. Diesem Zweckgedanken widerspricht es, im Falle des Nichtbestehens eines Pfandrechts den ganzen Verfügungserlös surrogieren zu lassen, denn nur wo Teilung zu erfolgen hat, will § 1247 B.G.B. gelten.[41] Der Hinweis auf die schlechtere Stellung des Eigentümers in diesem Falle als bei Bestehen eines Pfandrechtes schafft hiergegen keine Abhilfe. Sie mag in der Tat unbillig sein. Diese Unbilligkeit muß aber angesichts des oben dargelegten Gesetzesstandes als vom Gesetz selbst gewollte hingenommen werden, denn den veräußernden Nichtpfandgläubiger anders als den sonst veräußernden Nichtberechtigten zu behandeln, wäre erst recht eine Prinzipienwidrigkeit, für die kein Grund ausfindig zu machen ist. Der rein äußerliche Unterschied beider Fälle — hier Veräußerung als Pfandgläubiger, dort Veräußerung als Eigentümer — ist nicht ausschlaggebend. Die einzige Abweichung beider Fälle besteht in dem Ausschluß der Gewährleistungshaftung des veräußernden Pfandgläubigers nach § 461 B.G.B., § 806 ZPO.; er greift aber nur in die obligatorische Seite des Verhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerber ein. Der nach § 1244 B.G.B. mögliche Erwerb an abhandengekommenen Sachen entspricht nur dem Prinzip des § 935 Abs. II B.G.B. und kann deshalb nicht der Gegenmeinung zum Siege verhelfen. Besteht aber kein nennenswerter Unterschied in den rechtlichen Folgen zwischen unserem und dem gewöhn-

41. So Planck B.G.B. 1920 § 1247 A. 1. Geiger a. a. O. S. 80f. Stein-Jonas § 771 VII. 4. verwirft § 1247 als unpraktisch.

lichen Fall der Veräußerung fremder Sachen durch den Nichtberechtigten, so ist es, wie gesagt, nicht gerechtfertigt, auf ihn das insofern widerspruchsvolle Surrogationsprinzip anzuwenden. Denn auch der nichtberechtigte Pfandgläubiger ist wie jeder andere vermeintlich berechtigte Besitzer einer fremden Sache ein Nichtberechtigter. Und darauf, nicht auf die Art der Veräußerung kann es allein ankommen, wenn man in das Gesetz nicht die erwähnte widerstreitende Behandlung gleicher Tatbestände hineintragen will.

Der Gesichtspunkt, daß bei der Pfandveräußerung der Ersteher dem Eigentümer das Eigentum an dem Erlös übertragen will, wie man zuweilen behauptet hat,[42] ist weder bewiesen noch richtig, denn sonst hätte der Gesetzgeber nicht ausdrücklich die Surrogation anzuordnen brauchen. Ebensowenig trifft die anderen Orts[43] gegebene Begründung zu, daß dem Zwangszahlungsakt keine andere Wirkung als dem Pfändungsakt hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse beigelegt werden kann. Diese Begründung läßt die dazwischengetretene Versteigerung vollkommen unberücksichtigt. Sie ist aber gerade derjenige Akt, der eine Veränderung der gesamten Rechtslage herbeiführt.

Es muß der gegnerischen Lehre zugegeben werden, daß sie in dem Parallelfall der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einen gewissen Stützpunkt für ihre Ansicht hat. Hierzu läßt sich bei dem augenblicklichen Gesetzesstand nur so viel sagen: Solange die Vollstreckung in fremde bewegliche Sachen sich in ihren Wirkungen nicht von der rechtsgeschäftlichen Veräußerung unterscheidet, insbesondere im Gegensatz zur Immobiliarzwangsvollstreckung nur der Gutgläubige geschützt wird, liegt kein Anlaß vor, die Versteigerung nach der Seite des Versteigerungserlöses unter einem anderen Gesichtspunkte als der rechtsgeschäftlichen Verfügung zu betrachten.

Damit sind alle Voraussetzungen für die analoge Anwendbarkeit des § 816 B.G.B. auf den Fall der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache gegeben.

---

42. Smoira a. a. O. S. 60. Dagegen auch Wolff Festschrift S. 75.
43. vgl. Anm. 38.

Für die Anhänger der Theorie, die in § 816 einen echten Bereicherungsanspruch erblickt, spielt noch die weitere Frage eine Rolle, ob die Haftung des Pfändungspfandgläubigers durch einen etwaigen Forderungsuntergang wegen mangelnder Bereicherung ausgeschlossen ist. Sieht man wie hier im § 816 einen Ausgleichungsanspruch eigener Art, so interessiert dieses Problem weniger, denn wenn überhaupt, könnte der Forderungsuntergang nur gleichzeitig mit der Hereinnahme des Versteigerungserlöses eingetreten sein. Diese negative Einwirkung auf die Vermögenssphäre des nach § 816 Verpflichteten käme aber als Haftungsausschlußgrund nicht in Betracht, weil nach unserem Standpunkt nur nachträgliche vermögensmindernde Einwirkungen auf den Verfügungserlös selbst die Haftung des Pflichtigen abändern können. Obwohl Oertmann[44] das zeitliche Zusammenfallen zwischen Erwerb des Versteigerungserlöses und Verlust der Forderung zugeben muß, versucht er dennoch den von anderer Seite und auch hier vertretenen Standpunkt mit einer nicht zweifelsfreien Erwägung zu entkräften. Er sagt a. a. O., zwar nicht zeitlich, wohl aber logisch würde sich der Forderungsuntergang als eine Folge des Erwerbs des Versteigerungserlöses darstellen, sodaß man insoweit von einem nachträglichen Wegfall des eingetretenen Erwerbs reden könnte.

Sollte diese Schlußfolgerung richtig sein, — es bestehen immerhin gewisse Bedenken gegen die juristisch verschiedene Wertung zweier zeitlich zusammenfallender Erscheinungen, — so müßte das Problem des Forderungsunterganges natürlich auch von uns berücksichtigt werden. Nach dem eingenommenen Standpunkt würde das Ergebnis durchaus negativ sein. Dem § 819 ZPO. kommt nach der richtigen, auch von Oertmann gebilligten Ansicht[45] nur relative Tilgungswirkung für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner zu. Es geht nun aber m. E. nicht an, mit Oertmann[46] im Fall der Versteigerung fremder Sachen eine Ausdehnung der relativen Befreiungswirkung auf ein Drittverhältnis mit der Maßgabe anzunehmen,

---

44. Arch. f. civ. Pr. 96. S. 39 ff.
45. K. v. RGR. § 816 A. III. v. Mayr S. 290. Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. I. u. Arch. f. civ. Pr. S. 41 ff., Reichmayr S. 4, Grosfeld S. 42, Bein S. 57. Hendrichs S. 28. RGE. 40-288.
46. Arch. f. civ. Pr. S. 44 ff. u. Recht 1919/330. So auch ohne nähere Begründung Schmidt a. a. O. § 159 B. II. S. 1039. Krückmann JJ. Bd. 57/13.

daß der Gläubiger gegen die Klage des geschädigten Drittеigentümers Forderungsuntergang einwenden kann. Das Ergebnis scheitert daran, daß dem § 819 ZPO. auch Tilgungswirkung für den Fall der Vollstreckung in fremde Sachen beigelegt wird, den das Gesetz garnicht geregelt hat. Als Glied des einheitlich gestalteten Vollstreckungsverfahrens in das Vermögen des Schuldners setzt der § 819 ZPO. eine Befriedigung des Gläubigers aus Mitteln des Schuldners voraus, an denen er ein Pfandrecht hatte.[47]

Wohin anders führt in Wahrheit die Lehre der Gegner, zu denen auch Freund zu rechnen ist, als zu dem Ergebnis der von ihnen so sehr bekämpften Staub'schen Lehre? Für das praktische Ergebnis ist es vollkommen gleichgültig, ob der Vollstreckungsgläubiger dem Drittеigentümer deshalb nicht haftet, weil er als regelrechter Pfandgläubiger die Vollstrekkung betreibt, oder ob seine Haftung deswegen ausgeschlossen ist, weil er zwar ein Nichtberechtigter ist, die Versteigerung aber seine Bereicherung ausschließt. Namentlich die rechtspolitischen Erwägungen beider Lehren liegen in gleicher Linie. Dies geht deutlich aus den Ausführungen Freund's hervor, die sich mit denen Oertmanns decken.[48] Er sagt a. a. O., es sei zu hart, den Gläubiger wieder an den Schuldner zu verweisen, nachdem er bei der Vollstreckung Schuldtitel, Schuldurkunde hingegeben und Quittung erteilt habe, denn er könne seine Forderung jetzt nur mit Schwierigkeiten, großem Zeit- und Kostenaufwand verwirklichen, — der Anspruch des Eigentümers gegen ihn unterliege einer dreißigjährigen Verjährung, während sein Anspruch gegen den Schuldner vielfach einer kurzen Verjährung ausgesetzt sei. Diese Maßnahme sei um so härter, als der geschädigte Dritte seinen Schaden durch rechtzeitige Intervention hätte verhüten können und deshalb das dem Intervenienten entgegengebrachte Wohlwollen zu weitgehend erscheinen würde.

Diesen Erwägungen stehen mindestens gleichgewichtige Erwägungen gegenüber. In der gleichen Lage wie der Vollstreckungsgläubiger befindet sich der Vertragspfandgläubiger,

---

47. Planck B.G.B. 1928 § 816 A. 7b. Staudinger B.G.B. 1912 § 816 A. 2a. K. v. RGR. 1928 § 816 A. 3. Smoira a. a. O. S. 66. OLGE. 26/275. Z. f. bayr. Rpfl. 3/50.
48. a. a. O. S. 31 f. Oertmann Arch. f. civ. Pr. S. 51 ff.

der sich eine gestohlene Sache hat verpfänden lassen. Ebenso der Vermieter, der sich fälschlich an eingebrachte Sachen seines Mieters hält, die diesem nicht gehören. Für die Verjährung ihrer Ansprüche gilt dasselbe; viel häufiger wird hier die Verjährungszeit noch kürzer sein als bei der Zwangsvollstreckung, weil eine Unterbrechung nach § 209 B.G.B. hier immer eintritt und eine Verlängerung der Verjährungszeit nach § 218 B.G.B. nicht zu den gleichen Seltenheiten gehört wie dort.[49] Die Gegner berücksichtigen das schon geschädigte Eigentümerinteresse damit garnicht, daß sie ihn auf den Weg der Bereicherungsklage gegen den zahlungsschwachen Schuldner verweisen. Wenn sie meinen, der Eigentümer werde dadurch nicht schlechter gestellt, weil der gleiche Erfolg durch eine Verfügung des Schuldners hätte herbeigeführt werden können, dem er die Sache überlassen hat, so ist dagegen auf das eigenmächtige, widerrechtliche Handeln des Vollstreckungsgläubigers hinzuweisen, hinter welchem Gesichtspunkt die Heranziehung dieses Schutzgedankens zurücktreten muß. Es stimmt auch nicht, wenn Oertmann[50] behauptet, daß seine Lehre dem Eigentümer auch in dem Falle nicht gefährlicher werde, daß eine gestohlene Sache gepfändet und versteigert wird, weil die Zwangsversteigerung dann das Eigentum nicht vernichte. In dieser Allgemeinheit trifft dies nicht zu, sondern es gilt nur bei gleichzeitiger Bösgläubigkeit des Erstehers.

Schließlich ist der immer wiederkehrende Hinweis auf die eine genügende Sicherheit des Eigentümers bietende Interventionsklage kein Beweis für die Nichtgefährlichkeit der gegnerischen Lehre, denn wenn der Eigentümer sich mit seinen Ansprüchen erst nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung meldet, so ist dies in aller Regel gerade ein Beweis für seine vorherige Unkenntnis von dem Sachverhalt, und es wäre unbillig, ihn die Folgen dieser Unkenntnis tragen zu lassen.

§ 5. Zwangsvollstreckung unter Verletzung des Rechts auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös nach § 805 ZPO.

Wer hiernach dem Drittеigentümer einen Anspruch auf den Versteigerungserlös auch noch nach der Beendigung des

49. Argumente Wolffs Festschrift S. 89.
50. Arch. f. civ. Pr. S. 54.

Vollstreckungsverfahrens gegen den betreibenden Gläubiger gewährt, gibt ihn gleichfalls dem an der gepfändeten Sache des Schuldners Drittberechtigten, der der Vollstreckung nach § 805 ZPO. nicht widersprechen kann.[1] Namentlich hat der Vermieter, der sein nach § 563 B.G.B. quantitativ beschränktes Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös nicht bis zur Aushändigung des Versteigerungserlöses an den Pfändungspfandgläubiger geltendgemacht hat, auch nachher noch den Anspruch aus § 816 gegen den betreibenden Gläubiger. Gleiche Erwägungen wie bei der Klage aus § 771 ZPO. müssen auch bei der Klage aus § 805 ZPO. dazu führen, in ihrer Zulässigkeit nur einen prozessualen Behelf zur Geltendmachung des Anspruches während schwebenden Vollstreckungsverfahrens zu erblicken, der materielle Ansprüche nicht ausschließt. Der Gläubiger ist in beiden Fällen bei Nichterhebung der Klage um den Versteigerungserlös in seinem Vermögen gebessert, der ihm dort garnicht, hier nur beschränkt mit der Maßgabe der Vorwegbefriedigung des Vermieters gebührt. Materielle Natur kommt dem § 805 ZPO. nicht zu; auch hier erklärt sich das zeitlich beschränkte Verfolgungsrecht des Anspruches auf Vorwegbefriedigung nicht materiell, sondern formell aus der Beendigung des Vollstreckungsverfahrens.[2] Hätte der Gesetzgeber an die Beendigung der Vollstreckung den Verlust jedes materiellen Anspruches knüpfen wollen, so hätte er es sicherlich ausdrücklich angeordnet. Dafür spricht umsomehr die Vermutung, als er ja beispielsweise das bessere Recht des Vermieters hinsichtlich der Vergangenheit ausdrücklich beschränkt hat, § 563 B.G.B.

Schwierigkeiten bereitet in dem angezogenen Spezialfall des Vermieterpfandrechts nur die Frage, ob der Vermieter seiner Ansprüche nicht verlustig geht, wenn er es verabsäumt hat, die Klage aus § 805 ZPO. innerhalb der nach § 561 B.G.B. gesetzten Monatsfrist zu erheben. Das ist zu verneinen.[3] Nur

---

1. Planck B.G.B. 1928 § 816 A. 7c. Staudinger B.G.B. 1912 § 816 A. 2a u. § 563 A. 1. 3. Reichel a. a. O. S. 119. BrücknerRecht1905 — 180 ff. RGE. 119, 269. Recht 1906 Nr. 931. Stein-Jonas § 805 IV. 5. gewährt einen Anspruch aus § 812. Die Klage aus § 1247 geben K. v. RGR. 1928 § 816 A. 3. u. Wolff a. a. O. S. 83/84. Ablehnend Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 1. Hellwig System S. 399. Sinzheimer a. a. O. Spalte 887.
2. OLGE. 2/352, 19/154. Vgl. auch Anm. 1.
3. So Reichel u. Brückner a. a. O. vgl. Anm. 1.

wo er der Entfernung widersprechen kann, ist nach dem Gesetzeszweck an die Unterlassung des Widerspruches der Verlust des Rechts geknüpft. Durch § 805 ZPO. ist ihm ein Widerspruchsrecht verwehrt und er auf das Recht der vorzugsweisen Befriedigung beschränkt, das erst nach der Versteigerung faktisch verwirklicht werden kann. Es kann hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß die Klagerhebung nicht an die Einmonatsfrist gebunden ist, deren Einhaltung für die Geltendmachung der Ansprüche gegen den entfernenden Mieter oder sonstigen Dritten vorgeschrieben ist.

§ 6. Pfändung fremden Geldes, Ersteigerung fremder Sachen durch den Vollstreckungsgläubiger, ihre Ueberweisung an ihn im Wege anderweitiger Verwertung.

In den in der Titelüberschrift angeführten Fällen ist der Erwerb des Fremdeigentums durch den Vollstreckungsgläubiger zweifelhaft und deshalb auch die analoge Anwendung des § 816 in Frage gestellt. Man könnte geneigt sein, den Gläubiger kein Eigentum erwerben zu lassen, weil dem Versteigerungsakt eigentumsvernichtende Wirkung nur mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit im geschäftlichen Verkehr beigelegt wird, der Gläubiger aber hier so wenig schutzbedürftig ist wie bei dem vorangehenden Akt der Pfändung. Mögen derartige Anschauungen auch zur Aufstellung des Prinzipes vom gutgläubigen Eigentumserwerb in der Zwangsversteigerung geführt haben, so geht es doch nicht an, den nun einmal zum Grundsatz gewordenen Erwerb in diesen Sonderfällen nicht eintreten zu lassen. Eine derartige Handhabung wäre eine durch nichts zu rechtfertigende Maßnahme, durch welche das Mitbietungsrecht des Vollstreckungsgläubigers um seine praktische Nutzanwendung in diesem immerhin nicht unwichtigen Falle gebracht werden würde. Dieser Gedanke ist denn auch noch von keiner Seite ernstlich erwogen worden. Wie beim Privatpfandverkauf auch der Gläubiger nach § 1244 B.G.B. Eigentum an fremder Sache erlangt, dem z. B. eine gestohlene Sache verpfändet war, und der demzufolge irrig annahm, ein Pfandrecht zu haben,[1] so muß auch in der Zwangsvollstreckung der gutgläubige Vollstreckungsgläubiger wirksam fremdes

1. Enneccerus-Wolff Bd. III. § 166 VI. 1.

Eigentum ersteigern können, obwohl sein guter Glaube bei der Entstehung des Pfandrechtes nicht berücksichtigt wurde. Das vorerwähnte Beispiel zeigt deutlich, daß der Gesetzgeber die verschiedenen Stadien der Pfändung und Verwertung des gepfändeten Gegenstandes nicht einheitlich behandelt hat. Es besteht also kein Anlaß, sich zu einer abweichenden Beurteilung der Versteigerungswirkung in diesen Sonderfällen zu bekennen.

Das Gesagte gilt, ohne des Beweises zu bedürfen, in gleicher Weise von der Ueberweisung im Wege anderweitiger Verwertung an den Gläubiger. Es gilt schließlich auch bei der Pfändung fremden Geldes. Zwar unterscheiden sich die vorerwähnten Fälle von diesem durch das Dazwischentreten eines weiteren gerichtlichen Aktes, nämlich der Ersteigerung bzw. Ueberweisung; aber das ist noch kein Grund, das erstrebenswerte einheitliche Ergebnis in diesem Ausnahmefall nicht zu billigen. Denn das Fehlen des gleichen Aktes bei der Geldpfändung überhaupt erklärt sich eben daraus, daß der Gläubiger gegenständlich dasjenige bekommen hat, wozu ihm die Vollstreckung verhelfen soll. Im übrigen hat der Gesetzgeber für den eigentumsvernichtenden Akt der Versteigerung hier einen Ersatz in Gestalt der Ablieferung geschaffen. Die ausdrückliche Anordnung im § 815 Abs. I. ZPO., daß gepfändetes Geld dem Gläubiger abzuliefern ist, ist nichts anderes als der Ausschluß der im § 814 ZPO. angeordneten Versteigerung. Damit nimmt die Ablieferung die gleiche Färbung wie die Versteigerung an, — beide Bestimmungen enthalten nur Anordnungen über die Art der Verwertung des Pfandgegenstandes, die als Vorstadium zu der endgültigen Befriedigung in Betracht kommt, und die hier allerdings gleichzeitig die weitergehende Wirkung der Befriedigung in sich birgt.

Kommt dem Verwertungsvorgang auch dann eigentumsvernichtende Wirkung zu, wenn Sachen Dritter in die Vollstreckung hineingezogen werden, und kann auch der Vollstrekkungsgläubiger selbst Eigentum erwerben, so liegt es in einer geraden Linie, ihn auch Eigentum in dem seltenen Fall der Pfändung fremden Geldes erwerben zu lassen.

Gleichwohl ist die analoge Anwendung des § 816 B.G.B. auf diese Fälle nicht so sehr über jeden Zweifel erhaben, wie sie es in dem Regelfall der Pfändung fremder Sachen und

ihrer Versteigerung an dritte Personen ist. Fehlt es doch hier gerade an einem Dritterwerber, der vom Verfügenden verschieden ist. Trotzdem wird man sich zu einer analogen Anwendung durchringen müssen, um nicht dem berechtigten Vorwurf einer willkürlichen Beurteilung gleichliegender Tatbestände anheimzufallen. Hat man sich einmal dazu entschlossen, den typischsten Fall des Vollstreckungsrechts nach zivilrechtlichen Anschauungen zu beurteilen, so rechtfertigt sich die Subsumtion dieser Tatbestände unter den § 816 aus der Erwägung heraus, daß sie gegenüber dem Allgemeinfall Ausnahmeerscheinungen sind und als solche zugleich eine Eigentümlichkeit des Vollstreckungsverfahrens darstellen, — dessen ungeachtet sind sie aber vom Gesetzgeber dem Hauptfall gleichgestellt, wie wenn auch hier eine Versteigerung vorgenommen, ein Dritter Ersteigerer und der Erlös an den Vollstreckungsgläubiger abzuführen wäre. Eine vom Normalfall abweichende Behandlung dürfen sie darum nicht erfahren, denn sie wäre unverständlich. Gegenüber der gebotenen gleichmäßigen Entscheidung ist ein Festhalten an starren Begriffen nicht gerechtfertigt und umsoweniger angängig, als an alle vollstrekkungsrechtlichen Tatbestände der zivilrechtliche Maßstab ja nur analog angelegt wird.[2]

Hiernach ist der von v. Mayr[3] speziell bei der Pfändung fremden Geldes eingenommene Standpunkt nicht billigenswert, daß angesichts des nun einmal gegebenen privatrechtlichen Gesetzesstandes keine Möglichkeit bestehe, anders als im Sinne des völligen Ausschlusses des Dritten mit seinen Ansprüchen gegen den Gläubiger nach beendeter Zwangsvollstreckung zu entscheiden. Er erblickt in dem Vorgang eine Insichverfügung des Gläubigers, bei der eine Haftungsmöglichkeit nach § 816 wegen fehlenden Substrates nicht gegeben ist. Diesseits wird eine andere Meinung vertreten. Gleichwohl soll auf diesen Spezialfall nicht so sehr eingegangen werden, weil jede noch so ausführliche Konstruktion auf das praktische Ergebnis hinausläuft, daß der Gläubiger, dessen Vermögen um den Wert des fremden Geldes gebessert erscheint,[4] das an sich genommene Geld wieder herausgeben muß.

---

2. Planck B.G.B. § 816 A. 1. K. v. RGR. § 816 B. 3. Dernburg a. a. O. § 378 A. 3. Reichel a. a. O. S. 152. OLGE. 31/99. A. A. Oertmann Arch. f. civ. Pr. S. 24.
3. a. a. O. S. 297.
4. Vgl. S. 46.

Gleiche Probleme hinsichtlich der Konstruktion bestehen in den beiden anderen Fällen und werden hier viel deutlicher. Es verdient festgehalten zu werden, daß für die privatrechtliche Analogie der Zuschlag bzw. die Ueberweisung an den Gläubiger, obwohl darin in Wahrheit nur ein einseitiges Kausalgeschäft und zugleich eine einseitige Aneignung der fremden Sache liegt, alle Folgen haben müssen, die sonst der Verkaufs- und Veräußerungsvertrag haben, wie wenn diese mit einem Dritten abgeschlossen wären. In den vollstrekkungsrechtlichen Akten ist also eine Verfügung des Pfändungspfandgläubigers an sich selbst zu sehen, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist. Schwierigkeiten bei der analogen Anwendung des § 816 bereitet allerdings die Frage, worin das Erlangte besteht. Das Oberlandesgericht Dresden[5] gewährt dem Dritten im Falle der Ueberweisung nach § 825 ZPO. unter anderem auch aus dem Gesichtspunkt des § 816 heraus einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums und zwar mit der Begründung, daß als Erwerbsgrund nicht der Kauf- und Uebereignungsvertrag, sondern die zu Unrecht betriebene Zwangsvollstreckung in Betracht komme, die den Eigentumserwerb nicht rechtfertige. Diese Entscheidung wird der Sache nicht gerecht, — sie unterschätzt einmal die Bedeutung des Staatsaktes, insofern sie ihn illusorisch macht, sie verkennt andrerseits, daß bei § 816 Herausgabegegenstand notwendig ein anderer als das verloren gegangene Eigentum sein muß, es sei denn, daß es sich um einen unentgeltlichen Erwerb handelt. Nicht aber als Dritter, sondern als entgeltlicher Veräußerer soll hier der Vollstrekkungsgläubiger entsprechend dem typischsten Fall des Vollstreckungsrechts in Anspruch genommen werden. Das erhellt ohne weiteres, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Vollstreckungsgläubiger zwei Rollen, die des Veräußerers und die des Erwerbers in seiner Person vereinigt. Als entgeltlicher Veräußerer ist er nun auch keineswegs verpflichtet, den objektiven Wert der Sache, um den seine Vermögenslage nach außen hin gebessert erscheint, herauszugeben. Diese immerhin naheliegende Lösung wäre ein arger Trugschluß, denn der objektive Wert der Sache kann, weil er ihr innewohnt, nur die Vermögensmehrung erklären, die ihm als

5. Sächs. Annalen Bd. 30/497.

Käufer der Sachsubstanz zuteil geworden ist, was wiederum zu der eben abgelehnten Haftung des Vollstreckungsgläubigers als Erwerbers führen würde.

Es bleibt nur übrig, als das herauszugebende Aequivalent den von ihm fälschlich auf seine Forderung verrechneten Versteigerungserlös bzw. bei der Ueberweisung nach § 825 ZPO. den zu gleichen Zwecken einbehaltenen Kaufpreis zu bezeichnen.[6] Erweist sich diese Primafacieannahme als richtig, so kann gegenüber der Klage des Eigentümers auf Herausgabe dieses Betrages der Ersteigerer weder einen etwaigen Minderwert der Sache geltendmachen, noch kann der Eigentümer den augenblicklichen Mehrwert verlangen.[7]

Die Lösung des Falles mit Hilfe dieser Konstruktion bedarf jedoch noch des Beweises, denn da eine erkennbare Wertbewegung in der Richtung vom Erwerber zum Veräußerer nicht stattgefunden hat und wegen Einheitlichkeit der Vermögensmasse auch nicht stattfinden konnte, bestehen noch Zweifel daran, ob der im § 816 erforderte Kausalzusammenhang zwischen Verfügung und Verfügungserlös auch hier gegeben ist. Wenn eben als das herauszugebende Erlangte der einbehaltene Versteigerungserlös gekennzeichnet worden ist, so darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß es sich hierbei streng genommen um eine Auswechslung eines anderen für den eingetauschten Gegenstand handelt, von dem man nicht sagen kann, daß er durch die Verfügung erlangt ist, denn die den Versteigerungserlös verkörpernden Geldstücke, die zu leisten sind, befanden sich schon im Vermögen des Vollstreckungsgläubigers und sind also durch andere Tatumstände erworben worden. Wenngleich die nachfolgende Begründung naheliegt, kann doch der kausale Erwerb auch nicht damit erklärt werden, daß der Vollstreckungsgläubiger Aufwendungen für den Erwerb des Gegenstandes erspart hat, die er sonst hätte machen müssen. Logisch enthält nämlich diese Argumentation nur eine Begründung für die Nichtverschlechterung seiner gesamten Vermögenslage, oder was dasselbe ist, für die Aufrechterhaltung seines bisherigen vermögensrechtlichen Zustandes. Als solche kann sie nur verwertet werden für die Beurteilung seiner vermögensrechtlichen Stellung als Erwerber. Damit

6. So die in Anm. 2 Genannten.
7. Staudinger B.G.B. 1929 § 816 A. 1a. Recht 1913. Nr. 343.

wird aber nicht zugleich die Hereinnahme eines zusätzlichen Gegenwertes für den Verfügungsgegenstand vom Standpunkt des Vollstreckungsgläubigers erklärt. Der nie gezahlte Versteigerungserlös in seiner konkreten Gestalt ist darum nicht eigentlich im Zusammenhange mit der Verfügung erworben, sondern er ist nur das geeignete Objekt, welches im Wege der Auswechslung für den Verfügungsgegenstand herangezogen werden kann, um mit Hilfe der im § 1239 Abs. I. S. 2 B.G.B. enthaltenen Fiktion der Zahlung an sich selbst den herauszugebenden Mehrwert zu individualisieren, den das Vermögen des Vollstreckungsgläubigers in seiner Eigenschaft als Veräußerer durch die Ansichverfügung erfahren hat. Die gesetzliche Maßnahme, beim Selbsterwerb des Pfandgläubigers Zahlung des Erwerbspreises an sich selbst zu fingieren, entspricht nur der Erwägung, daß bei der regelrechten Versteigerung an dritte Personen das Gebot den Erwerbspreis bildet, und daß es bei der Selbstersteigerung nicht anders sein kann. Die Beurteilung der Vermögenslage des Gläubigers in seiner Veräußererstellung muß naturnotwendig eine andere sein als in seiner Erwerberstellung. Während es hier zutrifft, daß das Vermögen des Gläubigers um den objektiven Wert der erworbenen Sache gebessert ist, ist es für die Beurteilung seiner Veräußererstellung zweifellos richtiger, sein Vermögen nur um den Wert als gebessert anzusehen, den der Verfügungsgegenstand für ihn zur Zeit der Verfügungsvornahme hatte, und den er in dem konkreten Selbstgebot näher zum Ausdruck gebracht hat, weil er dem nach der individuellen Wertschätzung der Beteiligten gebildeten Erwerbspreis bei der Drittveräußerung gleichkommt. Dieser Wert kann denn auch vom Vollstreckungsgläubiger nach § 816 Abs. I S. 1. herausverlangt werden, — nicht aber weil er ihn erspart hat und damit sein Vermögen in seiner Erwerberstellung eine Besserung erfahren hat, sondern weil die wirksame Ansichverfügung ihn vermögensrechtlich so wie einen berechtigten Verfüger gestellt hat und dieser Vorteil nach der Tendenz des § 816 Abs. I. S. 1 ihm nicht verbleiben kann.

Damit sind wir auch in diesen äußerst zweifelhaften Fällen zu einer analogen Anwendbarkeit des § 816 gekommen, die schon aus Zweckmäßigkeitsgründen geboten und im Interesse einer einheitlichen zivilistischen Beurteilung aller vollstreckungsrechtlichen Tatbestände erstrebenswert war.

Das gewonnene Ergebnis trägt vielleicht dazu bei, mit Hilfe einer nicht ganz sicheren Analogie aus § 816 noch einen weiteren prozeßrechtlichen Tatbestand zu entscheiden, der im Gegensatz zu der ausführlichen Behandlung der vollstreckungsrechtlichen Fälle nach seiner materiellen Seite hin in den Kommentaren und Lehrbüchern garnicht behandelt ist und in der Spezialliteratur eine m. E. wenig befriedigende Lösung erfahren hat.[1]

Es handelt sich um folgenden Fall: Dem Eigentümer E. ist eine Inhaberschuldverschreibung im Werte von 1,000.— RM. von D. (Dieb) gestohlen, von ihm an den gutgläubigen X. und von diesem an Y. zu verschiedenem Preis veräußert worden. Nunmehr wird von E. nach § 1004 ZPO. das Aufgebotsverfahren eingeleitet und das Papier für kraftlos erklärt, da Y. seine Rechte nicht angemeldet hat.

Dieser Fall kann nicht als durchweg konstruiert bezeichnet werden, wie es zunächst scheinen mag, sondern er kann sich täglich ereignen, denn gerade bei abhandengekommenen Inhaberpapieren dürfte es die Regel sein, daß jemand zufolge des § 935 Abs. II BGB. ein solches Papier gutgläubig erwirbt und nun das Aufgebot versäumt. Es zeigt andererseits gerade durch die Einschaltung eines zweiten Erwerbs deutlich die Schwierigkeiten, die sich bei der materiellen Beurteilung ergeben, und die zur Zufriedenheit nur mit Hilfe der angedeuteten Analogie aus § 816 gelöst werden können, zumal diese Lösung auch da zum Ziele führt, wo andere Wege versagen. Daß der Ausgeschlossene nicht völlig rechtlos nach dem verabsäumten Aufgebotsverfahren dastehen kann, weil er sich verschwiegen hat, ist im Hinblick auf den Parallelfall der Versteigerung fremder Sachen als unbedenklich anzusprechen.

Diese Sätze deuten bereits darauf hin, daß der Ausgeschlossene durch das rechtskräftige Ausschlußurteil seine Rechte aus der Urkunde verliert. Wie umstritten auch immer die Wirkungen des Ausschlußurteils mit Rücksicht auf den Wortlaut der §§ 1017, 1018 ZPO. sein mögen,[2] allein beifalls-

1. Fey, Meyer, Mathieu, Wilcke, Salomon a. a. O.
2. Die Zivilprozessualisten lassen nur die Legitimation auf den Erstreiter übergehen. So Stein-Jonas ZPO. § 1018 I. Förster-Kann § 1018 I. Sydow-Busch § 1018 1. Seuffert a. a. O. § 1018 1b.

wert ist die von den Rechtslehrern des bürgerlichen Rechts vertretene, mit dem Wesen und Zweck des Aufgebotsverfahrens vereinbare Lehre, daß das Urteil nicht nur die Legitimation, sondern auch das entgegenstehende Recht des Ausgeschlossenen, der sich verschwiegen hat, auf den Erstreiter überträgt.[3] In seiner Person neu entstehen läßt es das Recht nicht, denn diese Annahme würde nicht befriedigen wegen der damit verbundenen nachteiligen Folgen für den Aussteller, z. B. Beginn einer neuen Verjährungszeit. Diese Lehre muß namentlich in dem hier zur Erörterung stehenden Falle als richtig anerkannt werden, wo ein Dritter — der X — das abhandengekommene Papier infolge seines guten Glaubens nach den §§ 932, 935 Abs. II B.G.B. erworben und es als Berechtigter dann an Y veräußert hat.[4] Würde die Wirkung des Ausschlußurteils nur die Uebertragung der Legitimation auf den Erstreiter sein,[5] so könnte der Aussteller der Inhaberschuldverschreibung nach § 793 B.G.B. ihm sein mangelndes Recht und dem Ausgeschlossenen seine mangelnde Legitimation entgegenhalten, ein offenbar unhaltbarer Zustand.

Wird demzufolge dem ausgeschlossenen Y durch das Urteil sein Recht zwangsweise genommen, so liegt der Gedanke nahe, dem Y gegen den E. analog den vollstreckungsrechtlichen Fällen der Selbstersteigerung und Ueberweisung im Wege anderweitiger Verwertung einen Anspruch aus § 816 zu geben, da andere, insbesondere deliktische Ansprüche gegen ihn wegen schuldlosen und rechtmäßigen Handelns ausscheiden. Solches nehmen denn auch Fey[6] und Meyer[7] an, nur gehen sie viel zu weit, wenn sie die Analogie dahin ausdehnen, dem Ausgeschlossenen einen Anspruch auf Rückübertragung des aufgebotenen Rechts gegen den Erstreiter einzuräumen. Richtig ist jedenfalls ihr instinktives Fühlen, daß § 816 hier nicht von vornherein abgelehnt werden darf. Auch hier findet sich wie bei der Versteigerung die zwangs-

---

3. Hellwig-Oertmann System T. II. S. 97. Cosack S. 402, Crome S. 954 A. 1/2. Planck B.G.B. 1928 § 799 III. Staudinger § 799 III. Goldmann-Lilienthal I. S. 855. Enneccerus Bd. II. § 208. II. 1. JW. 01/844.
4. So auch Jacobi S. 396/97, der sonst a. M. ist.
5. Wie es in der Konsequenz der Anm. 2 bezeichneten Lehre liegt.
6. a. a. O. S. 44.
7. a. a. O. S. 35.

weise Entrechtung, auch hier war der E. bis zur Kraftloserklärung ein Nichtberechtigter, da der Dieb wirksam über das gestohlene Papier verfügt hat und die Nichtberechtigung des E. unter dem Gesichtspunkt des § 816 nicht damit negiert werden kann, daß er nach § 1004 ZPO. ein Recht zur Einleitung des Aufgebotsverfahrens hatte, denn Nichtberechtigter im Sinne des § 816 ist jeder andere als der augenblickliche Träger des Rechts. Schließlich kann in dem Ausschlußurteil eine Verfügung des Aufbietenden erblickt werden, denn ist das Urteil unbedingt auch ein Staatsakt, so wird er doch genau so wie die Versteigerung im Interesse und auf Betreiben des Erstreiters hin vorgenommen. Zwar überträgt es im Gegensatz zur Versteigerung das Recht des sich verschweigenden derzeitigen Berechtigten immer, ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Aufbietenden, aber es geht m. E. nicht an, daraus schon ein Bedenken gegen die analoge Anwendbarkeit des § 816 zu folgern, weil dieser nach seiner Entstehungsgeschichte nur an Verfügungsgeschäfte Nichtberechtigter denkt, die infolge guten Glaubens wirksam sind. Es ist bereits an anderer Stelle[8] darauf hingewiesen worden, daß die Betonung des entwicklungsgeschichtlichen Momentes gegenüber einer gebotenen Analogie kein unüberwindliches Hindernis bilden kann. Ein starres Festhalten am Gesetzestext ist unergründlich, denn hätte sich je im bürgerlichen Recht eine Rechtsanschauung gebildet, die fremdes Eigentum an dritte Personen ohne guten Glauben bloß auf Grund der Legitimationswirkung des Besitzes übergehen ließe —, und das ist immerhin denkbar —, so hätte sicherlich diese Rechtsanschauung auch zur Aufstellung der gleichen Haftungsanordnung wie im § 816 geführt. Insoweit bestehen also keine Bedenken, den Verfügungsbegriff analog auf das stets rechtsvernichtende Ausschlußurteil auszudehnen.

Es bleibt nur die Frage übrig, ob der Erstreiter durch diese Verfügung etwas erlangt hat, und worin das Erlangte besteht. Wie vorhin angedeutet,[9] keineswegs im Verfügungsgegenstand selbst oder auch nur dessen objektiven Wert, denn erstens würde eine dahingehende Annahme den auf eine endgültige Regelung des Rechtszustandes unter den Parteien abzielenden Staatsakt illusorisch machen,[10] zum anderen kommt

8. Vgl. § 4 S. 31.
9. Vgl. Anm. 6 u. 7.
10. Dies verkennen Fey und Meyer.

beides wie bei der Ueberweisung und Selbstersteigerung in das Vermögen des Aufbietenden in seiner Stellung als Erwerber; er soll aber entsprechend den vorbehandelten Fällen als Verfügender in Anspruch genommen werden. Aber auch von diesem Standpunkt hat sein Vermögen eine Besserung erfahren, denn wie dort bewirkt die wirksame Ansichverfügung nicht nur eine Besserstellung des Aufbietenden als Erwerber, sondern zugleich auch als Veräußerer, weil sie ihn vermögensrechtlich so wie einen berechtigten Verfüger stellt, als hätte nämlich der Verfügungsgegenstand schon vorher zu seinem, oder noch schärfer gesagt, nie zu einem anderen Vermögen als dem des Veräußerers gehört.[11] Diesen Wertzuwachs will nach seiner Tendenz der § 816 dem nichtberechtigten Verfüger nehmen.

Daß er bei der Ansichverfügung in einem anderen als dem objektiven Wert der Sache, nämlich dem Wert besteht, den der Verfügende und gleichzeitige Erwerber dem Gegenstand zur Zeit der Verfügungsvornahme beilegte, glaube ich, bei der Selbstersteigerung genügend kenntlich gemacht zu haben,[12] weil erfahrungsgemäß die Sache zu einem anderen Preis und zwar demjenigen veräußert wird, der sich aus der Wertvorstellung der Beteiligten ergibt, und man deshalb zu der Annahme berechtigt ist, daß dieser im Vermögen des Ansichverfügenden verbliebene Wert dem Entgelt bei der Drittveräußerung gleichkommt. Daß ferner im Wege der Auswechslung zur Individualisierung des abstrakten Mehrwertes andere Gegenstände herangezogen werden können, sofern man nur sagen kann, sie verkörpern diesen Wertzuwachs, ist dort[13] ebenfalls nachgewiesen, wo die zu leistenden Geldstücke auf andere Weise kausal erworben waren.

Es tritt hier nur die Komplikation ein, daß der Verfügungsgegenstand schon einmal zum Vermögen des Aufbietenden gehört hat und es deshalb zweifelhaft ist, ob dieser Umstand einen Ablehnungsgrund für die privatrechtliche Analogie aus § 816, insbesondere für die hier interessierende Haftung des Erstreiters als Veräußerers abgibt, weil sein Vermögen anscheinend keine Besserung erfahren hat. Eine der-

11. Vgl. § 6 S. 46.
12. Vgl. § 6 S. 46.
13. Vgl. § 6 S. 45 f.

artige Begründung negiert aber vollkommen die Zeitspanne zwischen der wirksamen Verfügung des Diebes und der Kraftloserklärung der Inhaberschuldverschreibung, während der der ehemals und jetzt wieder Berechtigte in Bezug auf die Inhaberschuldverschreibung tatsächlich ein Nichtberechtigter war; sie übersieht auch oder will wenigstens zur Erklärung ihres eigenen Standpunktes die Annahme nicht gelten lassen,[14] daß auch nach dem Wiedererwerb der Rechte aus der Inhaberschuldverschreibung dem Aufbietenden der Anspruch aus § 816 gegen den Dieb aus der wirksamen Verfügung oder, wenn dieser schon erfüllt sein sollte, das empfangene Aequivalent verbleibt.[15] Mathieu[16] spricht von einer Rescindierung der wirksamen Verfügung des Diebes, die den Untergang des Anspruches aus § 816 zur Folge habe. Diese Schlußfolgerung beruht auf der Vorstellung, das erfolgreich betriebene Aufgebotsverfahren mit einer gegen unbekannte Dritte gerichteten vindicatio zu vergleichen und infolgedessen die Verfügung des Diebes nun nicht mehr als „wirksam" im Sinne des § 816 zu bezeichnen. Die Verwendung des Vindikationsgedankens verstößt aber gegen die gesetzgeberische Behandlung des Falles, denn nach Verlust des Eigentums ist die rei vindicatio eben nicht mehr gegeben.

Die Wiederherstellung der dinglichen Rechtslage überhaupt zur Begründung des Wegfalls des Anspruches aus § 816 heranzuziehen, ist eine willkürliche, aus dem Gesetz nicht zu begründende Annahme, die allenfalls dann statthaft ist, wenn der nichtberechtigte Verfügende selbst den Zustand wiederherstellt, wie er vor seinem Eingriff bestand. Der gleiche Gesichtspunkt des Wegfalls des Anspruches aus § 816 müßte sonst nämlich über diesen Spezialfall hinaus in allen Fällen des Wiedererwerbs durch den ehemals Berechtigten Verwendung finden. Es wäre nun aber geradezu ungeheuerlich, den Anspruch untergehen zu lassen, wenn der Wiedererwerbende wie regelmäßig ein Entgelt gezahlt hat, da andere Ansprüche

14. Salomon a. a. O., Wilcke a. a. O. S. 70.

15. Die Schadensersatzansprüche gegen den Dieb sollen hier nicht in den Kreis der Betrachtungen gezogen werden, weil diese sich nach dem wirklichen Schaden des E. richten und dieser sich beim Rückerwerb auf den Ersatz der Kosten des Aufgebotsverfahrens und Ersatz der Aufwendungen zur Herstellung einer neuen Inhaberschuldverschreibung verringert.

16. a. a. O. S. 50.

gegen den Verfügenden z. B. bei Gutgläubigkeit nicht gegeben sind. Selbst bei schenkweisem Rückerwerb des ehemaligen Berechtigten läßt sich der Wegfall des Anspruches aus § 816 gegen den Verfügenden nicht begründen, denn nach der Tendenz der Gesetzesvorschrift ist der durch die Verfügung geschaffene Zustand nicht nur solange ausgleichsbedürftig, als der Berechtigte in seinen Interessen geschädigt ist, sondern solange als der Nichtberechtigte aus der Verfügung noch etwas in seinem Vermögen hat, — ein Grund, ihn in diesem Fall vor dem Berechtigten zu bevorzugen, besteht nicht; eher ist dessen Doppelentschädigung billigenswert, als daß der nichtberechtigte Verfüger auch nur einen einzigen Vorteil aus der Verfügung behält.

Deshalb kann man auch beim Aufgebot als Grund des Unterganges des Anspruches aus § 816 nicht einfach die wirtschaftlich nicht billigenswerte Doppelentschädigung des Erstreiters anführen. Wenn sie nicht billigenswert ist, so ist sie es doch nur gegenüber dem Ausgeschlossenen, und sie liefert deshalb eher einen Grund für die anschließend zu behandelnde Abtretung des Anspruches gegen den Dieb an den ausgeschlossenen Y. als für dessen gänzlichen Wegfall, der von der Gegenseite, wie gesagt, nur konstruiert ist, um selbst einen Anspruch des Y. gegen den Dieb aus § 812 begründen zu können.[17]

Bleibt hiernach der Anspruch aus § 816 gegen den Dieb oder, wenn er schon erfüllt sein sollte, das empfangene Entgelt dem Erstreiter des Ausschlußurteils erhalten, so ist damit die Möglichkeit gegeben, diesen Fall mit einer Analogie aus § 816 zu lösen. Obwohl der Anspruch — das Entgelt — im unmittelbaren Kausalzusammenhang mit der wirksamen Verfügung des Diebes über die Inhaberschuldverschreibung erworben ist, ist er doch wie bei der Selbstersteigerung der auf andere Weise kausal erworbene konkrete Versteigerungserlös der geeignete Gegenstand, der jetzt im Wege der Auswechslung herangezogen werden kann, um den Wertzuwachs zu individualisieren, der ihm als Veräußerer durch das verfügende Ausschlußurteil zuteil geworden ist, und der darin besteht, daß er vor der wirksamen Verfügung des Diebes nur das Inhaberpapier, nach ihr nur den Anspruch aus § 816 gegen den Dieb und nach dem Aufgebotsverfahren beides in seinem Ver-

17. Wilcke a. a. O., insbesondere S. 70.

mögen hat. Stellt man es zur besseren Anschaulichkeit einmal ab auf die Sachlage, wie sie vor dem Diebstahl bestand, und sieht man in dem Kreislauf „Diebstahl — Verfügung — Rückerwerb" einen einheitlich zu beurteilenden Vorgang, der dem Bestohlenen den Anspruch aus § 816 gegen den Dieb eingebracht hat, so kann man schon aus äußeren Gründen nicht umhin, als Wertzuwachs diesen Anspruch zu bezeichnen.

Erachtet man dazu die bei der Selbstersteigerung gegebene Begründung[18] für richtig, daß bei der wirksamen Ansichverfügung als Aequivalent allemal der im Vermögen verbliebene Wert angesprochen werden kann, den der Verfügende dem Verfügungsgegenstand zur Zeit der Verfügungsvornahme beilegte, weil auch im Regelfalle der Veräußerung an dritte Personen der Erwerbspreis durch die individuelle Wertvorstellung der Beteiligten gebildet wird, so ähnelt dieser Fall der Selbstersteigerung so sehr, daß eine gleiche Behandlung nicht ernstlich sollte bezweifelt werden. Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß die Inhaberschuldverschreibung unmittelbar vor ihrer Kraftloserklärung für den E. nur den augenblicklichen Wert des Anspruches aus § 816 gegen den Dieb hatte, und daß er bei seinem Interesse am Wiedererwerb ohne die Annehmlichkeiten des Aufgebotsverfahrens Aufwendungen in dieser Höhe bestimmt zum Rückerwerb des Papiers gemacht hätte, indem er sich zum mindesten zur Abtretung dieses Anspruches bereit gefunden hätte. Freilich hat beim Aufgebotsverfahren der Erstreiter nicht zugleich die regelrechte Stellung eines Käufers wie bei der Selbstersteigerung der nichtberechtigte Pfandgläubiger, und es läßt sich deshalb hier nicht gleichmäßig wie dort sagen, daß er sich einen Erwerbspreis selbst zugebilligt hat. Wenn darauf das entscheidende Gewicht zu legen ist, so versagt diese Lösung und mangels einer geeigneten anderen[19] damit jede Möglichkeit, den Ausgeschlossenen schadlos zu stellen. Aber auf die Tatsache der Selbstbewilligung eines Erwerbspreises kann es nicht so sehr ankommen wie auf die Feststellung, daß der Ansichverfügende unter regulären Umständen für den Wiedererwerb Aufwendungen gemacht hätte, denn erstens läßt sich auch von dem nie gezahlten selbstgebotenen Preis nur sagen, der Gläubiger hätte ihn gezahlt, wenn

18. Vgl. § 6 S. 45 f.
19. wie unten noch zu zeigen sein wird.

er den Gegenstand erst von dritter Seite hätte erwerben müssen, — zweitens steht in beiden Fällen nicht so sehr im Vordergrund des Interesses die wegen fehlender Wertbewegung doch nur zu fingierende Zahlung des Aequivalentes, sondern mehr die Frage nach dessen Bildung. Maßgebend hierfür ist aber, wie dargelegt,[20] allein die Wertvorstellung des Ansichverfügenden zur Zeit der Veräußerung, in welchem Zeitpunkt die Inhaberschuldverschreibung für den Ersteller nachgewiesenermaßen nur den Wert des Anspruches aus § 816 gegen den Dieb hatte. Es soll nicht verkannt werden, daß bei der Selbstersteigerung das Gebot des Vollstreckungsgläubigers zum Zuschlag führt, der den obligatorischen Vertrag nach § 156 B.G.B. perfiziert; aber in Wahrheit handelt es sich doch bloß um ein einseitiges Kausalgeschäft mit gleichzeitiger Aneignung. Und wie darum dem zur Kausalitätsbegründung nicht verwertbaren Selbstgebot dort nur wenig Bedeutung für die Qualifikation des Erwerbsgeschäftes als eines entgeltlichen zukommt, so schafft hier beim Aufgebot vielleicht die Erwägung einen gleichwertigen Ersatz, daß Erwerbsgeschäfte sich regelmäßig entgeltlich vollziehen und es jedenfalls nicht im Geiste der Rechtsordnung liegt, einen Erwerb ohne jede Entschädigung des Benachteiligten nur zum Vorteil des Erwerbenden eintreten zu lassen. Dieses letzte wird namentlich bewiesen durch den § 951 B.G.B.

Deshalb muß m. E. auch in diesem prozeßrechtlichen Parallelfall zur Selbstersteigerung eine nicht engherzige Analogie aus § 816 dazu führen, dem ausgeschlossenen Y. gegen den Erstreiter E. einen Anspruch auf Abtretung seines Anspruches aus § 816 gegen den Dieb oder auf Aushändigung des von diesem empfangenen Erlöses zu geben.

Wie zweifelhaft auch immer die analoge Anwendung des § 816 auf diesen Tatbestand sein mag, sie allein führt zu einem durchweg befriedigenden Ergebnis, denn sie ist die weitgehendste Lösung und schafft für den Ausgeschlossenen nicht nur einen Ausgleich, wenn der Dieb entgeltlich an seinen Nachmann verfügt hat, sondern auch wenn er die Inhaberschuldverschreibung seinem Rechtsnachfolger geschenkt und der Beschenkte sie nun entgeltlich weiterveräußert hat. Der analog § 816 abzutretende Anspruch aus § 816 kehrt sich dann nach Abs. I S. 2 gegen den Beschenkten und stellt den Ausge-

20. Vgl. § 6. S. 46.

schlossenen dadurch auch in diesem Falle besser, als er bei den nachfolgend behandelten Konstruktionen stehen würde.

Andere Möglichkeiten als die gekennzeichnete sind kaum gegeben und, soweit sie sich eröffnen, führen sie nicht zu dem erstrebenswerten Ziel.

Gegen den Erstreiter selbst hat der Ausgeschlossene keine weiteren Ansprüche. Vertragliche sind unverkennbar nicht gegeben, deliktische versagen wegen schuldlosen und rechtmäßigen Handelns; ein Bereicherungsanspruch aus dem allgemeinen § 812, der auf Rückübertragung des aufgebotenen Rechts ginge, scheidet aus der gleichen Erwägung wie oben[21] aus, und auf Abtretung des Anspruches aus § 816 gegen den Dieb kann er nicht begründet werden, weil dieser Anspruch auf Grund des Gesetzes und deshalb mit rechtlichem Grunde erworben ist. Nicht ganz entfernt liegt die Möglichkeit, den Erstreiter für verpflichtet zu halten, bei der Geltendmachung seines Schadensersatzanspruches gegenüber dem Dieb auch den dem Ausgeschlossenen entstandenen Schaden mitzuliquidieren (Problem der Schadensliquidation aus fremdem Interesse). Dieser Gesichtspunkt kann hier jedoch mit Rücksicht auf die spezielle Regelung des Rechts der unerlaubten Handlungen, die in genau bestimmten Fällen dem mittelbar Geschädigten selbst einen Anspruch gewährt, keine Verwendung finden.

Gegen den Dieb hat der Ausgeschlossene ebenfalls keine Ansprüche. Mangels jeder vertraglichen Beziehung kämen auch hier nur deliktische oder Bereicherungsansprüche aus § 812 in Betracht. § 812 scheidet ohne weiteres aus, weil der Dieb auf Kosten des Ausgeschlossenen ohne rechtlichen Grund nichts erlangt hat. Erlangt haben könnte er überhaupt nur etwas, wenn man entgegen dem hier eingenommenen Standpunkt nicht den Fortbestand des Anspruches des Erstreiters gegen ihn aus § 816, sondern seine Befreiung annehmen würde.[22] Von ihr wäre es aber mindestens zweifelhaft, ob sie auf Kosten des Ausgeschlossenen erlangt wäre, da der untergegangene Anspruch niemals zu seinem Vermögen gehört hat und nur eine weitgehende Auslegung des Begriffes der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung diese Annahme

21. Vgl. S. 49.
22. wie Mathieu, Salomon, Wilcke a. a. O.

rechtfertigen könnte.[23] Bestimmt wäre die Befreiung aber nicht ohne rechtlichen Grund eingetreten, denn als Begleiterscheinung der Kraftloserklärung müßte sie genau so wie der Forderungsrückerwerb durch der Erstreiter ihre rechtliche Grundlage in dem Ausschlußurteil haben, dessen Wirkungen der Ausgeschlossene nicht abgewehrt hat. Eine Trennung und verschiedene Beurteilung beider daraus resultierender Erscheinungen könnte nur schwerlich erfolgen. Hinzukommt als unterstützende Erwägung, daß die condictio aus § 812 im Endergebnis auf Herausgabe des Kaufpreises ginge, den der Dieb vom Ersterwerber X. erhalten hat; von ihm kann man ganz und garnicht sagen, daß er im Verhältnis zum Nacherwerber Y. ohne rechtlichen Grund erlangt ist, denn Rechtsgrundlage für diesen Erwerb bildet der mit X. geschlossene Kaufvertrag.

Als Deliktsansprüche des Y. gegen den Dieb kämen Ansprüche aus § 823 sowie § 826 B.G.B. in Betracht. § 823 setzt eine Rechtsverletzung voraus. Wäre es nun auch möglich, in dem Verkauf des aufbietbaren Wertpapiers eine schadenstiftende Handlung des Diebes zu erblicken, die in ihrer Kausalität nicht durch den dazwischentretenden Erwerb des Papiers durch X, dessen Weiterveräußerung an Y. und auch nicht durch dessen zum Rechtsverlust führende Verschweigung unterbrochen werden würde, so wäre doch dadurch kein subjektives Recht des Y. verletzt, denn zur Zeit der Vornahme der Handlung (Verkauf) war noch gar kein Recht des Y vorhanden, das nach § 823 hätte verletzt werden können.

Das gleiche gilt, um es schon hier zu sagen, für die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Ersterwerber X. und dem Dieb. Die Verschaffung eines schon fehlerhaften Rechts enthält nicht zugleich eine widerrechtliche Verletzung dieses Rechts im Sinne von § 823 Abs. I B.G.B.

Der § 826 B.G.B. verlangt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung; im Gegensatz zu § 823 genügt aber die Verletzung des Vermögens als solches. Der Anspruch ist weder für den X. noch den Y. gegeben. Die Sittenwidrigkeit kann beiden gegenüber nicht damit verneint werden, daß der Dieb sich gesetzmäßig verhalten habe, weil er beim Verkauf eines Wertpapieres nach § 437 B.G.B. nur für den Bestand der Forderung und

23. Enneccerus Bd. II. § 218. II. 1.

dafür einzustehen hat, daß das Papier zur maßgeblichen Zeit des Verkaufes nicht für kraftlos erklärt ist. Die Vorschrift des § 826 ist gerade deshalb von großem Wert, weil nach ihr auch an sich berechtigte oder rechtlich nicht verbotene Handlungen eine Schadensersatzpflicht auslösen können.[24] Es ist aber beachtlich, daß zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit bei § 826 nicht nur die schädigende Handlung abstrakt in Betracht gezogen werden kann,[25] wie sie hier in dem Verkauf der aufbietbaren Inhaberschuldverschreibung liegt, der Begriff der Sittenwidrigkeit verlangt vielmehr, daß das zur Tat verwandte Mittel sich gerade gegenüber dem Geschädigten als sittenwidrig erweist. Diese Annahme verstößt nicht gegen den Grundsatz, daß das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit objektiv zu beurteilen ist, was nur bedeutet, daß es nicht auf das Bewußtsein des Täters von der Sittenwidrigkeit ankommt.[26] Mit der objektiv gegebenen Sittenwidrigkeit ist nicht zugleich festgestellt, daß sie auch absolut jedem gegenüber gegeben ist. Als Sittenwidrigkeit könnte es zunächst aufgefaßt werden, daß der Dieb den durch den Diebstahl geschaffenen rechtswidrigen Zustand durch den Verkauf der gestohlenen Inhaberschuldverschreibung perpetuiert hat. Sittenwidrig wäre diese Handlung jedoch nur gegenüber dem bestohlenen E. Als weiteres sittenwidriges Mittel käme dann noch eine arglistige Täuschung des Diebes in Betracht, die in dem Verkauf der Inhaberschuldverschreibung unter Verschweigung ihrer Aufbietbarkeit gefunden werden könnte. Läge sie vor,[27] so wäre sie doch nur gegenüber dem Erstkäufer X. begangen, und sie könnte darum nicht gleichzeitig zur Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen dem geschädigten Y. und dem Dieb verwandt werden. Also hätte Y. auf keinen Fall einen Anspruch aus § 826 B.G.B., und X. hat ihn auch nicht, da er nicht der Geschädigte ist. Er kann deshalb keine Schadensersatzansprüche an seinen Nachmann Y. abtreten.

Mit der Verneinung der bisher erörterten Ansprüche ist indessen noch nicht jede Lösungsmöglichkeit des Falles erschöpft. Die zuvor erwähnte arglistige Täuschung gegenüber dem X. verleitet dazu, dem Y. unter dem Gesichtspunkt

24. Enneccerus Bd. II. § 230 I.
25. Enneccerus Bd. II. § 230 III.
26. Enneccerus Bd. II. § 230. I. 3. u. A. 8.
27. Vgl. unten S. 58.

der Anfechtbarkeit einen Ausgleich zu verschaffen. Das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung ist anders als die Irrtumsanfechtung durch die speziellen Gewährleistungsvorschriften beim Kauf nicht durchbrochen; es steht nun aber zweifellos nur dem Ersterwerber X. nach § 123 B.G.B. zu, und es steht ihm auch zu, obwohl er nicht geschädigt ist. Der zivilrechtliche Betrug verlangt im Gegensatz zum strafrechtlichen bekanntlich keine Vermögensbeschädigung. Die Anfechtung ist möglich, wenn durch die Täuschung der Gegner zur Abgabe einer Willenserklärung veranlaßt worden ist, die er in Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben hätte. Dann ist die Arglist in der Täuschung selbst gelegen.[28] Sie kann im vorliegenden Falle nicht etwa damit abgelehnt werden, daß der Dieb seinen Verkäuferpflichten nach § 437 B.G.B. nachgekommen ist, wie sie umgekehrt nicht schon damit begründet werden kann, daß er es unterlassen hat, den Erwerber über sein mangelndes Recht aufzuklären, denn der Nichtberechtigte, der dem Erwerber nach dem Gesetz die gleiche Rechtsstellung wie der Berechtigte verschaffen kann, erregt in dem anderen Vertragsteil keinen rechtserheblichen Irrtum. Hier wird aber m. E. in dem anderen Vertragsteil ein derartiger Irrtum dadurch hervorgerufen, daß der Dieb die Aufbietbarkeit des Papiers verschweigt, denn es läßt sich sehr wohl sagen, daß der Erwerber bei Kenntnis des Sachverhaltes eine auf den Erwerb des Papiers gerichtete Willenserklärung nicht abgegeben hätte.

Es bleibt nur die Frage offen, wie dieses Anfechtungsrecht dem Y. nutzbar gemacht werden kann, da X. selbst kein eigenes Interesse an der Anfechtung hat. Gegen die Möglichkeit, den X. nach Erfüllung seiner Verkäuferverbindlichkeiten auf Grund des als Organismus weiterbestehenden Vertragsverhältnisses mit Y. für verpflichtet zu halten, selbst anzufechten oder dem Y. das Anfechtungsrecht zur Ausübung unter gleichzeitiger Abtretung der künftigen Ansprüche aus der Anfechtung zu überlassen, bestehen immerhin gewisse Bedenken. Wenn man unter diesem Gesichtspunkt zuweilen den Vertragsparteien gegenseitig nach der Erfüllung ihrer Hauptpflichten noch weitere Pflichten auferlegt,[29] so müssen sie doch wohl

28. Dernburg a. a. O. § 146 IV. 2. Planck B.G.B. § 123 I. 1.
29. wie das Reichsgericht in JW. 1926 S. 982 es anläßlich eines auf Abtretung einer Forderung gerichteten Schuldverhältnisses tut.

wie jene von der Tendenz geleitet sein, daß Schuldverhältnis zu erfüllen und es in seinem Bestande zu erhalten. Es darf m. a. W. kein Vertragsteil etwas tun, was die erworbene Rechtsstellung des anderen Teils illusorisch machen würde. Hier kann von der Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses keine Rede mehr sein.

Will man trotzdem im vorliegenden Falle den X. für verpflichtet ansehen, sein Anfechtungsrecht dem Y. der Ausübung nach zu überlassen, so befriedigt die diesseits vorgeschlagene Lösung immer noch mehr als diese, denn sie gewinnt nur bei Entgeltlichkeit des Erwerbsgeschäftes zwischen dem Dieb und X. Bedeutung, versagt aber im Falle der Unentgeltlichkeit. Hat der Dieb nämlich die gestohlene Inhaberschuldverschreibung an X. verkauft, so ist die Anfechtung des Kaufvertrages mit der Maßgabe möglich, daß jetzt der Dieb nach § 812 B.G.B. zur Herausgabe des von X. gezahlten Kaufpreises verpflichtet ist. Wenn dadurch gleichzeitig auch der rechtliche Grund für den Erwerb des Papiers durch den X. wegfällt, so braucht dennoch nicht eine Rückübertragung des Papiers zu erfolgen, oder, da sie nicht mehr möglich ist, nach § 818 Abs. II. B.G.B. Wertersatz geleistet zu werden, denn da das Wertpapier aus dem Vermögen des Bestohlenen stammte, ist X. nicht auf Kosten des Diebes bereichert. Hat der Dieb dagegen die Inhaberschuldverschreibung dem X. geschenkt, so ist die Anfechtung zwar immer noch möglich, weil eben der zivilrechtliche Betrug keine Vermögensbeschädigung verlangt, sie ist aber bedeutungslos, denn sie schafft dem Y. nicht den erhofften Ausgleich, da der Dieb nichts erlangt hat. Ganz anders die hier vorgeschlagene Lösung, den Erstreiter des Ausschlußurteils analog § 816 Abs. I S. 1 zur Abtretung seines Anspruches aus § 816 an den Ausgeschlossenen für verpflichtet zu halten, denn bei Unentgeltlichkeit des Ersterwerbers kehrt sich der abzutretende Anspruch gemäß § 816 Abs. I. S. 2 gegen ihn.

Man wird zugeben müssen, daß diese Lösung immerhin billigenswerter als jene ist, die den Ausgeschlossenen in solchem Falle für vollkommen entschädigungslos erklären muß. Sie führt dazu, dem Ausgeschlossenen unter dem Gesichtspunkt der Wertersatzpflicht seinen gezahlten Kaufpreis zu restituieren, soweit um ihn der Ersterwerber noch bereichert ist. Ein innerer Grund, den Ersterwerber bei dieser Sachlage

besser zu stellen als den Ausgeschlossenen, läßt sich nicht ausfindig machen, da es nicht einzusehen ist, weshalb er, der dem Berechtigten bis dahin nach § 816 Abs. I. S. 2 haftete, aus dem Aufgebot für sich einen Vorteil sollte herleiten können.

Diese Erwägungen haben nicht zuletzt den Anlaß gebildet, diesen prozeßrechtlichen Tatbestand einmal unter dem bisher nirgends erörterten Gesichtspunkt des § 816 zu behandeln.

Zweifelhafte Anwendungsfälle des § 816 auf materiellrechtlichem Gebiet.

§ 8. Die durch Genehmigung des Berechtigten geheilte unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten.

Auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts stößt die Anwendung des § 816 in vielen Fällen auf artgleiche Schwierigkeiten wie im Prozeßrecht. Einer der wichtigsten und zweifelhaftesten Fälle die unwirksame Verfügung eines Nichtberechtigten. Wird sie vom Berechtigten genehmigt, so fragt es sich, ob er vom Nichtberechtigten den Verfügungserlös herausverlangen kann. Das wird vielfach in der Literatur[1] und nach langem Widerstreben jetzt auch vom Reichsgericht[2] angenommen. Außer mit Billigkeitserwägungen, deren Beachtlichkeit namentlich in dem Falle nicht zu unterschätzen ist, in dem der Verfügungsgegenstand unauffindbar und darum die rei vindicatio bedeutungslos ist, wird diese Meinung mit folgendem begründet: Durch die Genehmigung, die formlos erteilt, insbesondere in der Erhebung der Klage auf den Verfügungserlös gefunden werden könne, werde die Verfügung des Nichtberechtigten wirksam. Dem stehe der Wortlaut des § 816 Abs. I. S. 1 nicht entgegen, der offenbar an von Anfang an wirksame Verfügungen denke, da die Genehmigung nach § 184 B.G.B. rückwirkende Kraft habe. Es sei so anzusehen, als ob die Verfügung schon zur Zeit der Vornahme wirksam gewesen wäre. Trotz der nachträglichen Genehmigung des Berechtigten bleibe die Verfügung aber eine solche eines

1. Planck B.G.B. 1928 § 816 A. 3. Staudinger B.G.B. 1929 § 816 A. 1. Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 1a. K. v. RGR. BGB. 1928. § 816 B. 1. Enneccerus Bd. II. § 222 I. u. A. 3. v. Tuhr a. a. O. § 78 III. 3. u. VIb. Hellwig Anspruch u. Klagrecht § 14 III. Schulz a. a. O. S. 42. Levy in JW. 1923/684. Dölle a. a. O. S. 30 ff.
2. RGE. 106/44, 115/34 im Gegensatz zu 105/88, zurückhaltender RGE. 111/302.

Nichtberechtigten, denn an der Tatsache, daß der Verfügende im Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung nicht berechtigt gewesen sei, werde durch die Genehmigung nichts geändert. Diesem Bedenken, daß infolge der Rückwirkung der Genehmigung der Verfügende nicht mehr ein Nichtberechtigter im Sinne des § 816 sei, begegnet das Reichsgericht[3] mit der Erwägung, daß der Begriff „Nichtberechtigter" sich gleichmäßig im § 185 und § 816 finde und eine einheitliche Auslegung erfahren müsse: die Verfügung soll im Falle der Genehmigung wirksam sein, obwohl sie von einem Nichtberechtigten vorgenommen ist, und es soll nur so angesehen werden, als ob sie von einem Berechtigten getroffen wäre. An rechtspolitischen Gründen wird meistens noch angeführt, daß es dem Eigentümer oft mehr um den Wert als um den Besitz der Sache zu tun sein wird, und es deshalb eine sozial viel unerfreulichere Regelung sein würde, ihn die Sache erst vindizieren zu lassen, um sie dann selbst zu veräußern, — andererseits schütze die Herausgabe des Entgeltes an den bisherigen Eigentümer den Verfügenden vor weitergehenden Schadensersatzansprüchen seines besitzenden Abkäufers (§§ 440, 325), während sie für seinen eigenen Rückgriff gegen den Vormann den Tatbeständen des § 440 Abs. II B.G.B. offenbar gleichstehe. Schulz[4] verweist des weiteren auf den § 2019 B.G.B., in dem auch nicht nach der Wirksamkeit der Verfügung des Erbschaftsbesitzers gegen den Erben unterschieden werde, und auf den § 46 KO., der die Ersatzaussonderung nicht von der anfänglich wirksamen Verfügung des Gemeinschuldners oder Konkursverwalters abhängig mache. Weniger aus diesen als aus prozessualen Erwägungen hält endlich Jung[5] die analoge Anwendbarkeit des § 816 in diesen Fällen dann für gegeben, wenn die Verfügung die Verfolgung des Rechts so wesent-

3. Vgl. Anm. 2. So auch Planck B.G.B. 1928 § 816 A. III. Staudinger B.G.B. 1929 § 816 A. 1a. Dölle a. a. O. S. 33. hält in diesem Falle den Wortlaut „Nichtberechtigter" in § 816 für richtig, weil Berechtigter nicht schon derjenige sei, der verfügen könne, sondern nur derjenige, der auf Grund eines Kausalverhältnisses verfügen dürfe. Ein solches Kausalverhältnis könne aber durch die Genehmigung des Eigentümers nicht einseitig geschaffen werden und werde es auch nicht, da sonst die condictio auf den Erlös entfiele. Diese Einengung des Begriffes „Nichtberechtigter" hält Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 222. A. 8. zutreffend für gekünstelt. da sie eine Stütze im Gesetze nicht finde.

4. a. a. O. S. 338.

5. a. a. O. S. 48 ff.

lich erschwert, daß sie tatsächlich einer Entziehung des Wertes der Sache gleichkommt. Diese Erschwerung sei nämlich nicht mehr vom Kondizenten zu beweisen, sondern umgekehrt stehe dem Kondiktionsbeklagten der Gegenbeweis offen, dass er den aus der unwirksamen Verfügung gezogenen Wert nicht auf Kosten des Berechtigten erhalten habe, weil dieser rechtlich und tatsächlich noch in der gleichen Lage sei wie vorher.

Diesen Erwägungen begegnet Riess[6] mit dem Hinweis darauf, daß bei § 816 nach dem Präsens in dem Relativsatz „wirksam ist" unbedingt eine unitas temporis zwischen Verfügungsvornahme und Verfügungswirkung vorliegen müsse. Seine richtige Erkenntnis, den § 816 in derartigen Fällen nicht anzuwenden, kann kaum mit dieser Begründung gestützt werden. Dem steht die rückwirkende Kraft der Genehmigung entgegen, denn sie negiert die Zeitspanne, die zwischen Verfügungsvornahme und Verfügungsfolge liegt. Es kann aber der gegnerischen Lehre nicht zugestimmt werden, daß trotz der nachträglichen Genehmigung die Verfügung immer noch eine solche des Nichtberechtigten bleibe und es nur so anzusehen sei, als ob sie von einem Berechtigten getroffen worden sei. Zu dieser Auslegung gibt weder der Wortlaut des § 185 B.G.B. noch der gleichmäßig im § 816 wie im § 185 verwandte gesetzestechnische Ausdruck „Verfügung eines Nichtberechtigten" genügenden Anlaß. Der erste Satz mag mit einer Einschränkung noch richtig sein, für den zweiten gebricht es an jedem Anhalt. Gewiß bleibt die Verfügung noch nach der Genehmigung eine solche des Nichtberechtigten, denn daß sie von ihm vorgenommen ist, läßt sich nicht aus der Welt schaffen. Aber als solche bleibt sie es trotz der Genehmigung nur in dem Umfang und dem Bestande, in dem sie es vorher war, nämlich eine unwirksame Verfügung eines Nichtberechtigten, wovon der § 185 B.G.B. gerade ausgegangen ist. Ihre Wirksamkeit beruht dagegen nur auf der Genehmigung des Berechtigten, und es geht nicht an, ihr nebensächliche Bedeutung beizulegen und sie der Verfügung nachzuordnen. Die rückwirkende Kraft der Genehmigung darf nicht dazu führen,

---

6. Riess a. a. O. S. 23 ff. Olshausen in Gruchot Bd. 48/436. Haymann a. a. O. S. 276 ff. A. A. auch v. Mayr a. a. O. S. 318. Galinsky a. a. O. S. 25 ff, ferner LZ. 1925 Spalte 609, 1926 Spalte 594.

den Urheber der Wirksamkeit der zunächst unwirksam getroffenen Verfügung auszuschalten. Bei der Beantwortung der Frage, wer die Aenderung der dinglichen Rechtslage herbeigeführt hat, stellt die Gegenseite plötzlich unzulässigerweise ein Haltezeichen auf, über das nicht hinausgegangen werden darf, nämlich nicht über die Situation hinaus, wie sie vor der Genehmigung bestand. Diese Frage steht aber bei dem § 816 im Vordergrund. Nur die ohne jede Mitwirkung des Berechtigten, ja entgegen seinem Willen vorgenommene wirksame Verfügung des Nichtberechtigten gewährt ihm den Anspruch auf den Verfügungserlös. Diese Annahme ist am besten mit der Entstehungsgeschichte vereinbar. Der Anspruch aus § 816 soll dem Berechtigten einen Ersatz für endgültig und ohne seinen Willen verlorengegangene Rechte geben.

Ob die Gegner den § 816 auch im Falle des § 185 Abs. I. B.G.B. anwenden, ist nicht ersichtlich; ihre Lehre müßte aber füglich dazu führen, dem Berechtigten auch dann einen Anspruch aus § 816 zu geben, wenn der Nichtberechtigte mit seiner Einwilligung verfügt, denn Einwilligung und Genehmigung sind nach dem Gesetz lediglich durch den verschiedenen Zeitpunkt ihrer Erteilung unterschiedene termini technici für den gemeinsamen Oberbegriff der Zustimmung. Mit Recht weist hier Riess[7] darauf hin, daß man diese Verfügung nicht mehr als eine dem Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung des Nichtberechtigten bezeichnen könne, da ja die Einwilligung dem Verfüger die rechtliche Legitimation zur Vornahme der Verfügung gebe.

Vor allen Dingen steht der herrschenden Lehre ein Bedenken entgegen, das ihre konsequente Durchführung unmöglich macht, auf das zum ersten Male Haymann hingewiesen hat. Es ist zwar mehr ein theoretisches Bedenken, weil der Berechtigte in einem solchen Falle nicht genehmigen wird, aber als solches stellt es sich doch der herrschenden Lehre entgegen. Wenn es nämlich trotz der Genehmigung nur so angesehen werden soll, als ob die Verfügung von einem Berechtigten getroffen wäre, so müßte dies folgerichtig auch gelten, wenn der nichtberechtigte Verfüger den Fremdgegenstand einem Dritten unentgeltlich zugewandt hat und jetzt der Berechtigte die Verfügung genehmigt. Bliebe es immer noch die

7. Siehe Anmerkung 6.

Verfügung eines Nichtberechtigten, so würde die Erteilung der Genehmigung für den Berechtigten zu einem Aberwitz werden. Auf der einen Seite könnte er die Verfügung des Nichtberechtigten genehmigen und auf der anderen Seite hätte er dann doch noch die Möglichkeit, die dingliche Wirkung wieder abzuschwächen durch den ihm verbliebenen Rückübereignungsanspruch aus § 816 Ab. I S. 2, ohne den Einwand des venire contra factum proprium befürchten zu müssen, da ja gerade vom Standpunkt der Gegner die Anwendbarkeit des § 816 durch seine Genehmigung nicht ausgeschlossen wird. Dies alles nur deshalb, weil es eben die Verfügung eines Nichtberechtigten bleibt, die Genehmigung nicht zugleich kausale Beziehungen zwischen dem Genehmigenden und dem Erwerber auslöst, und es nur so angesehen werden soll, als hätte sie der Berechtigte getroffen! Unverkennbar liegt in einer derartigen Auslegung des § 185 Abs. 2 B.G.B. ein Mißgriff der gegnerischen Lehre.

Wenn Schulz[8] zur Stützung der gegenteiligen Ansicht den § 2019 B.G.B. heranzieht, der auch nicht voraussetzt, daß der Erbschaftsbesitzer wirksam nach den Rechtssätzen über den Erwerb vom Nichtberechtigten verfügt hat, so erklärt sich diese Maßnahme aus dem Surrogationsprinzip, wie denn auch hier die Genehmigung zu erfolgen hat gegen Auslieferung des Surrogates, nicht aber muß der Berechtigte genehmigen, um das Surrogat überhaupt erst in Anspruch nehmen zu können,[9] wozu aber die herrschende Lehre bei § 816 gelangt.[10] Wenn Schulz ferner meint, auch bei unwirksamer Verfügung des Gemeinschuldners oder Konkursverwalters über einen nicht zur Masse gehörenden Gegenstand sei der Ersatzaussonderungsanspruch aus § 46 KO. begründet, so ergibt sich dies weder aus dem vom § 816 nicht wesentlich abweichenden Wortlaute, noch ist auch nur die Annahme haltbar, daß es ins Belieben des Berechtigten gestellt sei, die unwirksame Verfügung noch nachträglich zu genehmigen und dadurch dem § 46 KO. zu unterwerfen.[11]

---

8. Vgl. oben Anm. 4.
9. Kipp a. a. O. Bd. V. § 68 II. 1.
10. Dölle u. Enneccerus-Lehmann sind allerdings a. M. Vgl. unten Anm. 15.
11. So Jäger KO. § 46 A. 3.

Ein unerfreuliches Ergebnis wird durch die Verneinung der Anwendbarkeit des § 816 in diesen Fällen auch nicht durchweg herbeigeführt, denn wenn es dem Berechtigten mehr um den Wert als um den Besitz der Sache zu tun ist, so mag er sich mit dem derzeitigen Besitzer auseinandersetzen, mag dieser gegen seinen Vormann Regress nehmen. Dadurch werden diesem keine größeren Schwierigkeiten als dem unmittelbar auf den Verfügungserlös in Anspruch genommenen Vormann bereitet, der sich ja ebenfalls an seinen Vormann im Regresswege halten muß.[12] Beide Fälle stehen den Tatbeständen der §§ 440 Abs. II, 325 B.G.B. offenbar gleich.

Es ist auch gar kein Grund vorhanden, dem Berechtigten eine Vorzugsstellung dadurch einzuräumen, daß er sich bei einer Kette aufeinanderfolgender Verfügungen nach seinem Belieben gerade den verfügenden Besitzer herausgreift, der den ihm günstigsten Erlös erzielt hat. Man kann dafür nicht anführen, daß der Inanspruchgenommene ja auch der rei vindicatio hätte genügen müssen. Dieser Vergleich geht deshalb fehl, weil der Anspruchsgegner der rei vindicatio nur so lange nach dem Gesetz ausgesetzt ist, wie er Besitzer ist.

Richtig ist allerdings, daß für den Berechtigten dann eine Härte entsteht, wenn der Verfügungsgegenstand unauffindbar und darum die Vindikation bedeutungslos ist. Die Härte erscheint um so drückender, als ein Ausgleich auf Grund einer anderen gesetzlichen Vorschrift nicht geschaffen werden kann. Der Geschäftsführungsanspruch führt durchaus nicht immer zum Ziele. Der früher vom Reichsgericht[13] angezogene § 281 B.G.B. wird heute mit Recht abgelehnt.[14] Der Zweck des § 281 geht dahin, dem Gläubiger einen Ersatz für die geschuldete unmöglich gewordene Leistung zu verschaffen, und er dient namentlich zur Ausfüllung der Lücke, die entstehen würde, wenn ein Schadensersatzanspruch aus § 280 B.G.B. nicht gegeben ist. Die Weiterveräußerung einer Sache bei verbliebener Vindikation als Unmöglichkeit zu betrachten, ergäbe aber ein schiefes Bild, da sich der Eigentumsanspruch kraft seiner absoluten Natur gegen jeden, aber wiederum nur den derzeitigen Besitzer richtet. Mit dem Besitzverlust des (redlichen) Besitzers erlischt

12. Zutreffender Standpunkt der herrschenden Lehre, vgl. statt aller K. v. RGR. § 816 B. 1.
13. RGE. 105/88.
14. RGE. 115/38. LZ. 1925. Sp. 609, 1926. Sp. 594 f. Dölle a. a. O. S. 25 ff, 33 hält ihn für anwendbar.

das gesetzliche Schuldverhältnis, weil er nicht für die Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses zu sorgen hat, und das für den Besitz etwa Eingetauschte erscheint nicht als das stellvertretende Kommodum für eine unmöglich gewordene Leistung; auch dann nicht, wenn in der Hand eines nachfolgenden Besitzers der Gegenstand untergeht. Der § 281 B.G.B. ist nach seiner ganzen Struktur auf Schuldverhältnisse abgestellt, die einer Abänderbarkeit in dem Sinne unterliegen, daß trotz Befreiung des Schuldners von der Leistung infolge nicht zu vertretender Unmöglichkeit das Schuldverhältnis nach dem regelmäßig anzunehmenden Parteiwillen fortbestehen und nur gegenständlich auf eine andere Leistung gerichtet sein soll. Die Unterstellung eines darauf gerichteten Parteiwillens ist um so mehr geboten, als eben der Schuldner weiß, daß er Verpflichteter ist, und als solcher auch den Inhalt seiner Leistungspflicht kennt; der redliche Besitzer dagegen, der den Gegenstand von einem Nachmann des Eigentümers unwirksam erworben hat, weiß garnicht, daß für ihn eine Verpflichtung besteht, und kennt darum auch nicht den Inhalt seiner Pflicht.

Angesichts der im § 816 getroffenen Regelung, die einen rechtlichen Verlust voraussetzt, läßt sich dieser Fall nicht mit unserer Gesetzesvorschrift lösen. Wie der Eigentümer den zufälligen Untergang seiner im Besitz eines gutgläubigen Besitzers befindlichen Sache tragen muß, so trifft ihn auch bei unwirksamer Veräußerung die Härte des eigenen Einstehens für den unauffindbar weggegebenen Gegenstand,[15] und er

15. Auf das Bedenken, in der Erhebung der Klage auf den Verfügungserlös eine durch konkludente Handlungen erteilte Genehmigung zu erblicken, sei nur nebenher hingewiesen. Sehr häufig wird der Berechtigte auf den Verfügungserlös klagen in dem Glauben an die Wirksamkeit der Verfügung. Nach 68/400, 69/412 setzt aber der Verzicht auf ein Recht, dem die Genehmigung gleichkommt, die Kenntnis des Klägers vom Vorhandensein des Rechts voraus, das er hier gerade verloren zu haben glaubt. Das Reichsgericht befindet sich mit seiner Entscheidung im Bd. 106 45. auch im Widerspruch mit den soeben zitierten früheren Entscheidungen. Gegen die Reichsgerichtslehre, die in der Klagerhebung auf den Verfügungserlös schon eine Genehmigung erblickt, wenden sich auch Dölle a. a. O. S. 33 und Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 222. A. 8. Sie sagen, es sei richtiger, dem Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten gegen spätere Genehmigung der Verfügung zu geben, als die Genehmigung zu einer Voraussetzung dafür zu machen, dass der Eigentümer überhaupt den Anspruch auf den Erlös erheben könne; denn dadurch würde er voreilig zur Aufgabe seines Vindikationsanspruches gezwungen, obwohl vielleicht seine Vollstreckung bei dem Verfügenden fruchtlos auslaufe.

verschlechtert seine Lage durch eine nachfolgende Genehmigung eher noch, als daß er sie verbessert, denn er bewirkt zusätzlich zu dem nur tatsächlichen Verlust noch den rechtlichen, ohne nach den dargelegten Gründen die Möglichkeit zu haben, den § 816 für sich nutzbar zu machen.

Die Tatsache, daß die Rechtsverfolgung mitunter so wesentlich erschwert ist, daß sie einer völligen Entziehung des Rechts gleichkommt, darf hiernach nicht mit Jung[16] dazu benutzt werden, gegen den ehemaligen Besitzer einen Anspruch auf den Verfügungserlös unter dem Gesichtspunkt des § 816 zu geben. In dieser Begründung steckt gewiß ein berechtigter Kern, doch wird man die für den Eigentümer bei Unbekanntheit des Dritterwerbers entstehende Härte höchstens dadurch herabmildern können, daß man ihm nach den Regeln des Eigentumsanspruches einen Anspruch auf Angabe der Person des Dritten gewährt, indem man den ehemaligen Besitzer von seiner Herausgabepflicht nicht schon auf die Berufung hin, die Sache nicht mehr zu besitzen, frei werden, sondern seine Befreiung erst eintreten läßt, wenn er darlegt, daß er die Sache an einen bestimmten Dritten veräußert hat.[17]

§ 9 Die einer unwirksamen Verfügung des Nichtberechtigten nachfolgende Spezifikation.

Dem eben behandelten Tatbestand werden von den Anhängern[1] sowie von den Gegnern[2] zwei weitere Fälle in der Behandlung gleichgestellt, nämlich die Verarbeitung und die Ersitzung, die an eine unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten anknüpfen. Maßgebender Gesichtspunkt ist für jene die Tatsache, daß der Erfolg nicht ohne die Verfügung eingetreten wäre, für diese die Erwägung, daß Spezifikation und Ersitzung originäre Erwerbsarten sind und als solche den Kausalzusammenhang zwischen Verfügung und Verfügungsfolge unterbrechen. Eine Mittelmeinung, die für die eine Erwerbsart einen anderen Standpunkt als für die andere ein-

16. Vgl. oben S. 61 f.
17. Oertmann unter Berufung auf Flechtheim B.G.B. 1929 § 816 A. 5d.
1. Planck B.G.B. 1928 § 816 A. 2. Ebenfalls Jung von seinem § 8 Anm. 5 mitgeteilten Standpunkt a. a. O. S. 52. Freund a. a. O. S. 38 ff.
2. v. Mayr S. 316, Riess S. 23, Galinsky S. 18/19, 28/29. Haymann S. 270 ff.

nimmt, wird von ihnen nicht vertreten. Daß aber alle drei Fälle nicht einheitlich entschieden werden müssen, eine verschiedene Beurteilung keine Inkonsequenz gegenüber dem einmal eingenommenen Standpunkt enthält, sollen die nachfolgenden Ausführungen beweisen.

Die Vernichtung fremden Eigentums durch Verarbeitung, die durch die vorangegangene unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten ermöglicht wurde, kann nicht zugleich zu der Annahme führen, daß dadurch dessen Verfügung wirksam wird und der Eigentümer nunmehr in der Lage ist, den Verfügungserlös nach § 816 herauszuverlangen. Unleugbar liegt zwischen Verfügung und Verarbeitung ein Kausalzusammenhang vor, unverkennbar ist dieser Zusammenhang aber inadäquat, denn daß mit aller Wahrscheinlichkeit die Verfügung zur Spezifikation führen mußte, läßt sich mit Fug nicht sagen. Sie beruht auf dem freien Entschluß des Spezifikanten. Davon abgesehen erlangt der alte Eigentümer nach § 951 B.G.B. einen Ersatzanspruch; in Konkurrenz mit diesem ihm noch aus § 816 einen Anspruch gegen den Verfügenden zu geben, führt zu einer nichtbegründeten Doppelentschädigung, und dieser Erfolg läßt sich auch nicht mit der von Freund[3] gegebenen Begründung vermeiden, daß der Anspruch aus § 816 nur unter Verzicht auf § 951 zu geben wäre. Freunds vergleichende Begründung ist in sich widerspruchsvoll. Nachdem er für die Wirksamkeit der Verfügung angeführt hat,[4] daß auch hier das nach B.G.B. nicht abzuweisende Recht des Eigentümers ausschlaggebend sein muß, die Verfügung durch Genehmigung dinglich wirksam zu machen, führt er zur Begründung der Verzichtsmöglichkeit an.[5] Der Anspruch aus § 951 sei allerdings nicht durch eine nachträglich rückwirkende Genehmigung der Verfügung zu beseitigen, da der Eigentümer nach dem Eigentumsverlust dazu nicht mehr berechtigt sei; es könne darum aber doch auf § 951 verzichtet werden, denn wie mit der Genehmigung auf das Eigentum verzichtet werden könne, so wäre auch ein einseitiger Verzicht auf den bloß obligatorischen Anspruch aus § 951 möglich. Die Begründung der Möglichkeit eines Verzichts auf den Anspruch aus § 951

3. a. a. O. S. 45/46.
4. Vgl. Anm. 3.
5. Vgl. Anm. 3.

mit dem Hinweis auf den in der Genehmigung liegenden, einseitig erklärten Verzicht auf das Eigentum geht schon deshalb fehl, weil der Gesichtspunkt der Genehmigung von Freund mit Unrecht zur Begründung seines Standpunktes herangezogen worden ist. Daß auch bei der Spezifikation das nach B.G.B. nicht abzuweisende Recht des Eigentümers ausschlaggebend sein müsse, die Verfügung durch Genehmigung dinglich wirksam zu machen, ist angesichts des klaren Wortlautes des § 951 eine haltlose Annahme. Eine Gleichstellung des Verzichtes auf das Eigentum mit dem Verzicht auf den obligatorischen Anspruch aus § 951 kann überhaupt nicht vorgenommen werden. Auf den obligatorischen Anspruch kann wirksam nicht einseitig durch Geltendmachung des Anspruches aus § 816 Abs. I. S. 1, sondern nur durch Erlaßvertrag mit dem Spezifikanten nach § 397 B.G.B. verzichtet werden.

Mit dem genannten Autor im Falle des Nebeneinanderbestehens von § 816 und § 951 eine Art Gesamtschuldverhältnis anzunehmen,[6] dürfte nicht richtig sein, da dieses Gesamtschuldverhältnis einer petitio principii ist und sich nicht erweisen läßt, wie denn von Freund auch nicht näher dargelegt ist, was er darunter versteht.

Die gegnerische Lehre wird aber restlos vernichtet durch das gleiche Bedenken wie bei der Genehmigung, das jedoch hier nicht nur theoretisch ist, sondern sehr leicht praktisch werden kann. Wäre es nämlich richtig, daß die Verfügung erst durch den nachfolgenden Akt der Verarbeitung wirksam wird, so müßte bei konsequenter Durchführung der abweichenden Ansicht der Dritterwerber im Falle der unentgeltlichen Zuwendung auch nach § 816 Abs. I. S. 2 entweder auf Herausgabe des umgearbeiteten Gegenstandes selbst oder, wenn man die Herausgabepflicht unter Berufung auf § 818 Abs. II. B.G.B. wegen der Beschaffenheit des Erlangten ablehnen will, auf Wertersatz haften. Beide Annahmen stünden aber in auffallendstem Mißverhältnis zu dem § 951. Eine Pflicht des Spezifikanten anzunehmen, den Gegenstand selbst herauszugeben, widerspräche dem klaren Wortlaut der Gesetzesvorschrift. Anstelle dessen dem Berechtigten nach § 816 Abs. I. S. 2, § 818 Abs. II. einen Anspruch auf Wertersatz zu

6. a. a. O. S. 45/46.

geben, käme einer nochmaligen Zubilligung des schon im § 951 angeordneten Wertersatzanspruches gleich und wäre darum überflüssig. Die Lehre Freunds kann aber diesen Mißstand nicht erklären, denn ließe sie den Anspruch aus § 816 Abs. I S. 2 in diesem Falle wegen seiner Ueberflüssigkeit gar nicht erst entstehen, so spräche dieses Argument eher gegen als für sie, weil diese Maßnahme die Unmöglichkeit, den § 816 überhaupt anzuwenden, für diesen einen immerhin nicht unwichtigen Fall ganz offensichtlich macht und sich als solche als eine Durchbrechung des einmal eingenommenen Standpunktes darstellt. Ließe man andererseits den Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 2 erst entstehen, um mit Freund den Berechtigten zum Verzicht auf den gleichen Anspruch aus § 951 für verpflichtet zu halten, so wäre diese Maßnahme schon aus diesem Grunde, darüberhinaus auch deshalb nicht angängig, weil die Wirkung des Verzichts gleich Null wäre. Es ist ein unsinniges Wechselspiel, auf einen Anspruch zu verzichten, der einem in gleicher Gestalt erhalten bleibt.

Aus diesen Gründen ist der Lehre Freunds die Anerkennung zu versagen. Gleiches muß gelten bei der Verbindung, Vermischung und vom Untergang, wenn sie einer unwirksamen Verfügung eines Nichtberechtigten nachfolgen.

In diesem Zusammenhang sei kurz noch die Frage nach der Wirkung eines schenkweisen Erlaßvertrages, den ein Nichtgläubiger mit dem Schuldner schließt, gestreift, weil die vorbehandelte Spezifikation das hierbei auftauchende Problem schon berührt hat. Erläßt z. B. der Zedent dem Schuldner im Wege der Schenkung die Schuld, so wird man m. E. dem Erlaßvertrag Wirksamkeit erst garnicht beilegen, denn auch hier zeigt sich die unsinnige Wechselwirkung, daß, wollte man dem Vertrage Wirksamkeit beimessen, man hinterher dem Zessionar doch einen Anspruch aus § 816 Abs. I. S. 2 gegen den Schuldner auf Wiederherstellung der Forderung geben müsste. Bei dem Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte an fremder Sache können gleiche Erwägungen keine Verwendung finden, weil damit immerhin andere Folgen wie z. B. Verlust des alten Ranges verbunden sein können.

§ 10. Die einer unwirksamen Verfügung des Nichtberechtigten nachfolgende Ersitzung.

Ein gleiches aus § 816 Abs. I. S. 2 abgeleitetes Bedenken stellt sich nicht entgegen im Falle der Ersitzung, die einer un-

wirksamen Verfügung nachfolgt. Hat ein Nichtberechtigter eine abhandengekommene Sache einem Dritten unentgeltlich zugewandt und dieser sie ersessen, so können gegen die Heranziehung des § 816 Abs. 1 S. 2 keine ähnlichen Gesichtspunkte wie bei der Genehmigung und Verarbeitung geltendgemacht werden. Die einzigen Zweifel bestehen darin, daß bei der Ersitzung nicht die vorangegangene unwirksame Verfügung, sondern der langjährige anhaltende Besitz den Eigentumsverlust des Berechtigten zur Folge hat und einen originären Eigentumserwerb auf Seiten des Ersitzenden eintreten läßt, — daß ferner bei der hier vorgeschlagenen Anwendung des § 816 im Falle unentgeltlicher Zuwendung der mit der Ersitzung im Interesse der Rechtssicherheit bezweckte Erfolg, eine endgültige Regelung der Rechtslage unter den Beteiligten zu schaffen, offenbar vereitelt wird. Indessen liegt in der letzten Begründung nur ein scheinbarer Widerspruch, der durch die Erwägung widerlegt wird, daß auch bei der gleich rechtsvernichtenden Verfügung des Nichtberechtigten der Gesetzgeber von der Absicht geleitet worden ist, die Rechtslage nach der dinglichen Seite hin schon jetzt unter den Parteien endgültig zu regeln. Er hat aber trotzdem dem geschädigten Eigentümer einen obligatorischen Rückübereignungsanspruch gegen den unentgeltlichen Dritterwerber gegeben, weil der lukrative Erwerb nicht stark genug ist, um auf Kosten des Geschädigten aufrechterhalten zu bleiben. Es wäre unbillig, den im Anschluß an eine unwirksame Verfügung Ersitzenden in dieser Hinsicht besser zu stellen als den sofort Erwerbenden, der mit der Klage aus § 816 Abs. 1. S. 2 nach seinem Eigentumserwerb noch dreißig Jahre lang in Anspruch genommen werden kann. Gemeinsamer Grundzug beider Rechtsinstitute ist die im Interesse der Verkehrssicherheit gebotene Aenderung der dinglichen Rechtslage, mit der nicht zugleich jeder obligatorische Anspruch gegen den Bedachten ausgeschlossen zu sein braucht, wie gerade § 816 Abs. 1. S. 2 beweist.

Schwieriger zu widerlegen ist der von v. Mayr,[1] Riess[2] und anderen[3] erhobene Einwand, daß der Eigentumserwerb des Ersitzenden originär auf Grund des zehn Jahre anhaltenden red-

1. a. a. O. S. 316.
2. a. a. O. S. 23.
3. Galinsky S. 28. Haymann S. 270 ff.

lichen Besitzes eintrete; doch wird er dadurch entkräftet, daß der Eigentumserwerb überwiegend durch die Verfügung des Nichtberechtigten hervorgerufen ist, denn im Gegensatz zur Spezifikation ist hier die Annahme gerechtfertigt, daß die ohne weiteres an die unwirksame Verfügung anknüpfende Ersitzungszeit sich nie ohne die Verfügung hätte vollziehen können, und es ist denn auch wegen der nicht erforderten unitas temporis zwischen Verfügungsvornahme und Verfügungsfolge die Vorstellung möglich, daß die zunächst unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten mit anschließender Ersitzungszeit immerhin noch als fernwirksame Verfügung ähnlich der bedingten Eigentumsübertragung angesehen werden kann. Der originär eintretende Erwerb des Eigentums durch den Ersitzenden braucht durchaus nicht so konstruiert zu werden, daß das alte Eigentum untergehe und für den Ersitzenden ein neues Eigentum entstehe. Dieser Gesichtspunkt kann um so weniger ausschlaggebend für die Ablehnung des § 816 sein, als auch beim unmittelbaren Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten kein derivativer Erwerb vorliegt. Beide Male liegt ein originärer Erwerb mit der Maßgabe vor, daß die alten Rechte nicht erst untergehen und beim Erwerber neu entstehen, sondern als bestehengebliebene von ihm erworben werden.[4] Mit Recht weist Wolff[5] an einem Beispiel nach, daß die Annahme eines Eigentumsunterganges nicht befriedigen würde. Er sagt a. a. O.: „Sollte etwa bei der Ersitzung einer Inhaberschuldverschreibung die verbriefte Forderung untergegangen und eine gleiche neue entstanden sein?"

Die vorgeschlagene Lösung ist endlich auch geboten aus Billigkeitsgründen und im Interesse einer einheitlichen Beurteilung nächstverwandter Fälle. Die Ersitzung sowie der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten sind einer gemeinsamen Rechtsanschauung entsprungen. Sie verwirklichen den Gedanken von der Schutzbedürftigkeit des Verkehrsinteresses. Nach dem heutigen Gesetzesstande bildet die Ersitzung schon nach ihrer systematischen Stellung eine Ergänzung zu den deutschrechtlichen Fällen des unmittelbaren Erwerbs vom Nichtberechtigten, insofern sie den ausnahmsweise bestehenden Erwerbsmangel durch den zehnjährigen Besitz ausgleicht. Damit stellt

4. Wolff a. a. O. Bd. III. § 71 IV.
5. Wolff a. a. O. Bd. III. § 71 IV.

sieden Ersitzenden so, wie er bei sofortigem Eigentumserwerb gestanden haben würde. Es ist kein innerer Grund ausfindig zu machen, diesen Fall abweichend vom Normalfall zu behandeln, denn auch hier ist ein Ausgleich für den betroffenen Eigentümer erstrebenswert. Es bedarf keiner Hervorhebung, daß das vorwiegend vom unentgeltlichen Ersitzungserwerber Gesagte auch vom entgeltlich verfügenden Nichtberechtigten nach der Ersitzung gilt, auch er haftet dem geschädigten Eigentümer nach § 816 Abs. I. S. 1 auf den Verfügungserlös.[6]

§ 11. Die dinglich wirksame, aber rechtsgrundlose Verfügung des Nichtberechtigten.

Bisher sind nur diejenigen Fälle untersucht worden, in denen der Nichtberechtigte mit rechtlichem Grunde über fremdes Eigentum verfügt hat. Fehlt es an einem solchen im Verhältnis zum Erwerber, liegt z. B. der Uebereignung ein nichtiger Kaufvertrag oder dergleichen zu Grunde, so kann es zweifelhaft sein, ob dem Nichtberechtigten der Anspruch aus § 812 B.G.B. oder dem Berechtigten analog § 816 ein Anspruch gegen den Erwerber zu geben ist.

Auf keinen Fall dürfte es angängig sein, dem Berechtigten mit Hilfe einer Analogie aus § 816 Abs. I. S. 1 einen Anspruch auf den Verfügungserlös gegen den Verfüger zu geben, denn wenn nach dem Wortlaut des § 816 die Entgeltlichkeit auch nur mit der Wirksamkeit der Verfügung verknüpft ist, so kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß das Entgelt nur die eine Seite des Kausalgeschäftes zwischen Veräußerer und Erwerber darstellt. Liegt der Uebereignung aber eine causa nicht zu Grunde, so hat der Verfügende den Erlös nicht als rechtsgeschäftliches Entgelt erlangt. Im übrigen wäre diese Annahme unvereinbar mit dem nicht aus der Welt zu schaffenden Kondiktionsanspruch des Erwerbers aus § 812 gegen den nichtberechtigten Veräußerer. Als das nach Analogie des § 816 Abs. I. S. 1 herauszugebende Erlangte kann auch nicht der Rückgabeanspruch des Verfügenden aus § 812 gegen den Erwerber bezeichnet werden, dessen Abtretung der Berechtigte verlangen könnte. Diese Annahme liegt im Hinblick auf die

6. Für die Wirksamkeit der Verfügung auch Planck B.G.B. 1928 § 816 A. 3. Staudinger B.G.B. 1916 § 816 A. 1a. Freund a. a. O. S. 45/46. Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 1a u. Recht 1910/585.

beim Aufgebotsverfahren vorgeschlagene Lösung nahe, wo der Anspruch aus § 816 die erlangte Besserstellung verkörperte,[1] und zuweilen kommt als Aequivalent der Verfügung auch direkt ein Rückgabeanspruch in Betracht, so wenn ein Nichtberechtigter mit fremdem Geld ein Darlehen gewährt.[2] Indessen enthält die Ablehnung dieser Konstruktion in dem hier zur Erörterung stehenden Falle keinen Widerspruch zu den eben genannten Tatbeständen. Bei der Darlehnshingabe ist der Rückgabeanspruch Ausfluß des kausalen Darlehnsgeschäftes, bei der Ansichverfügung des Aufbietenden sollte die causa für den Anspruchserwerb, richtiger für die Beibehaltung des Anspruches durch den Aufbietenden in seiner Stellung als Veräußerer in dem Ausschlußurteil liegen. Hier liegt kein Kausalgeschäft zwischen dem Nichtberechtigten und dem Erwerber vor, und es läßt sich füglich und schon im Hinblick auf den Wortlaut des § 816 Abs. I S. 1 nicht sagen, daß das aus der Verfügung Erlangte der Kondiktionsanspruch des Verfügers aus § 812 ist, denn das Gesetz geht davon aus, daß der Verfügungsgegenstand endgültig weggegeben ist, und es läßt eine Haftung auf einen anderen dafür erhaltenen Gegenstand eintreten. Bei dem Kondiktionsanspruch aus § 812 läßt sich nicht sagen, daß er an die Stelle des Verfügungsobjektes getreten ist. Im Gegensatz zu den vorbehandelten Fällen, bei denen der abzutretende Anspruch auf ein aliud gerichtet ist, ergreift hier der Anspruch aus § 812 den Verfügungsgegenstand selbst und will die zu Gunsten des Erwerbers eingetretene dingliche Rechtsänderung ungeschehen machen. Das ist dann aber kein Fall des § 816 Abs. I. S. 1 mehr, der gerade von dem Gegenteil ausgeht.

Dennoch kann man unserem Tatbestand mit Hilfe einer Analogie aus § 816 Abs. I. S. 2 gerecht werden. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß sie geboten ist, wenn der Nichtberechtigte auf Grund unwirksamer Schenkung[3] den Fremdgegenstand an einen Dritten übereignet hat, denn wenn selbst ein unentgeltlicher Erwerb des Dritten auf Grund gültiger causa dem

---

1. Vgl. § 7 S. 52 f.
2. Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 5a. Gruchot 31/959.
3. Dass dies möglich ist, ergibt folgende Konstruktion: Jemand verspricht im Zustand der Geisteskrankheit, etwas zu schenken. Geistesgesund erfüllt er sein Versprechen in Unkenntnis des Mangels des Rechtsgrundes.

Anspruch des Berechtigten aus § 816 Abs. I S. 2 nicht entgegensteht, so kann er aus ersichtlichen Gründen nicht versagen bei fehlender causa, der schwächsten Form des dinglichen Rechtserwerbs, zumal es sich sogleich herausstellen wird, daß der Dritte dem Kondiktionsanspruch des Zuwendenden nicht unterliegt. Aber nicht nur beim unentgeltlichen, sondern auch beim entgeltlichen Erwerb wird § 816 Abs. I. S. 2 anwendbar sein. Es muß zu Gunsten des Berechtigten angenommen werden, daß auch dieser Erwerber unentgeltlich erworben hat, denn wenn er ein Entgelt auch zunächst gezahlt hat, so kann er es doch kondizieren, ohne seinerseits dem Kondiktionsanspruch des nichtberechtigten Verfügers ausgesetzt zu sein. Seiner Klage kann er vielmehr mit dem Einwand begegnen, daß er den Rechtserwerb, das Eigentum, nicht auf Kosten des Veräußerers gemacht habe, weil der Verfügungsgegenstand zum Vermögen des Berechtigten gehöre.[4] Man kann die analoge Anwendung des § 816 Abs. I S. 2 auf rechtsgrundlose Verfügungen des Nichtberechtigten nicht mit der Begründung ablehnen, daß der Dritterwerber ihm aus dem Innenverhältnis zur Rückübertragung verpflichtet sei.[5] Dieser Rückgabeanspruch ist für den verfügenden Nichtberechtigten erst garnicht entstanden, weil es nicht einzusehen ist, daß er in diesem Falle besser und der Berechtigte schlechter stehen sollte als bei kausaler, aber unentgeltlicher Verfügung. Diese Lösung wird der Sachlage auch viel gerechter, denn gäbe man dem Nichtberechtigten die Kondiktion aus § 812, so ginge sie auf Rückübereignung an ihn nach § 818 Abs. I,[6] während er höchstens seine aufgegebene Besitzerstellung und der ehemalige Eigentümer sein verlorenes Eigentum zu verlangen hätte. Eine dahingehende Annahme unterläge weniger bei den nachträglich durch Ersitzung wirksam werdenden, wohl aber bei den von vornherein wirksamen Verfügungen des Nichtberechtigten den allerschwersten Bedenken, denn zwar kann man das im Anschluß an eine rechtsgrundlose Verfügung des Nichtberechtigten durch den Dritten ersessene Eigentum noch als auf Grund des übertragenen Besitzrechts erlangt ansehen (i. S. des § 818 I.), nicht aber kann man von dem gleich wirksamen Erwerb

4. Vgl. das gleiche Problem beim Aufgebot.
5. So Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 5b u. Recht 1915 S. 585. A. M. Wolff § 71 IV a. E. u. A. 26, Enneccerus II. § 218 A. 19.
6. Vgl. Wolff oben Anm. 5.

des Dritten sagen, er habe das Eigentum auf Grund des grundlos übertragenen Besitzes des Veräußerers erlangt, denn der Nichtberechtigte hat nicht nur seine Besitzerstellung an den Dritten übertragen, sondern ihm durch die Verfügung sofort Eigentum verschafft. Deshalb kann er auch in diesem Falle keine Kondiktion aus § 812 auf Rückübereignung haben. Was von der gleich wirksamen, aber rechtsgrundlosen Verfügung des Nichtberechtigten gilt, muß heute auch von der rechtsgrundlosen und zunächst unwirksamen, erst durch Ersitzung wirksam werdenden Verfügung gelten, weil der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten und die Ersitzung sich nach dem heutigen Gesetzesstande ergänzen.[7]

Mit Oertmann[8] gelangt man dann auch dazu, dem Berechtigten, wenn der Nichtberechtigte zu unsittlichen Zwecken über fremde Rechte verfügt, trotz § 817 ein Rückgabeanspruch analog § 816 Abs. 1 S. 2 zuzubilligen, denn der Zweck des § 817, den Leistenden zu treffen[9], wird in diesem Falle nicht erreicht, weil die Folgen des unsittlichen Handelns der Berechtigte auf sich nehmen müßte, der an der turpido des Nichtberechtigten unbeteiligt ist. Die Analogie ist selbst dann anzuwenden, wenn im Zusammenhange mit der Leistung des Nichtberechtigten der Empfänger seinerseits eine gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstoßende Leistung vornimmt. Ihm ist nach wie vor jede Kondiktion zu verwehren, weil er sich nicht auf sein eigenes unsittliches Verhalten berufen darf.

§ 12. Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten.

Aehnlich den Fällen der wirksamen, aber rechtsgrundlosen Verfügung eröffnet sich beim Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten das Problem, gegen wen dem Berechtigten ein Anspruch zuzuerkennen ist. Unter dieser Kategorie sind alle Fälle zu verstehen, in denen ein zunächst nicht eigeninteressierter Erwerber auftritt, um dann mit dem erworbenen Gegenstande in einer von vornherein bestimmten Weise zu verfahren. Weber[1] definiert den Durchgangserwerb zutreffend

7. So Oertmann im Recht 1915. S. 585.
8. Vgl. Anm. 5.
9. Enneccerus Bd. II. § 223. 2. u. A. S. Heck a. a. O. § 142.
1. a. a. O. S. 1 ff.

als einen Rechtserwerb unter der vom Zuwendenden selbst[2] oder von einem Dritten[3] getroffenen Bestimmung, mit dem erworbenen Gegenstande lediglich nach den Weisungen des anderen zu verfahren, und unter der Besonderheit, daß das ganze Geschäft die Rechnung des Durchgangserwerbers nichts angeht. Für die vorliegende Abhandlung, die sich mit den Fragen des Erwerbs vom Scheinberechtigten befaßt, ist vornehmlich die erste Art des Durchgangserwerbs von Bedeutung, weil hier der Zuwendende als Nichtberechtigter verfügt. Will, um nur ein Beispiel herauszugreifen, der Fremdbesitzer A. den bösgläubigen C. zum Eigentümer machen, so wird er diesen Erfolg dadurch zu erreichen trachten, daß er die Sache unter irgendeinem Vorwand dem gutgläubigen B. mit der Auflage übereignet, sie an C. weiterzuveräußern. Bei diesem provisorischen Erwerb der vorgeschobenen Mittelsperson ergeben sich nun zwei Möglichkeiten in der Behandlung. Entweder man läßt den Mittler erst garnicht gültig vom Nichtberechtigten erwerben, oder man stellt sich auf den gegenteiligen Standpunkt. Solange das geschaffene Treuverhältnis zwischen Verfügendem und Durchgangserwerber besteht, ist die Annahme, daß der Mittler Eigentum vom Nichtberechtigten erwirbt, nicht so sehr bedenklich wie nach dessen Beendigung, und vor allen Dingen wie bei der zweiten Durchgangserwerbsart, die sich als mittelbare Stellvertretung im Erwerb kennzeichnet. Könnte man für den Berechtigten mit Hilfe einer analogen Heranziehung des § 816 Abs. I S. 2 doch immerhin einen Ausgleich schaffen. Wie es bei der grundlosen Verfügung des Nichtberechtigten angemessen war, den Erwerber nach § 816 Abs. I S. 2 haften zu lassen, weil im Hinblick auf das bessere Recht des Eigentümers der Kondiktionsanspruch des Nichtberechtigten aus der rechtsgrundlosen Verfügung erst garnicht zur Entstehung gelangt, so würde es auch hier nicht angängig sein, dem Berechtigten den Anspruch aus § 816 Abs. I S. 2 mit der Begründung zu versagen, daß der aus dem Treuverhältnis geborene Rückgabeanspruch des Verfügenden einen unentgeltlichen Erwerb des Mittlers im Sinne unserer Gesetzesbestimmung nicht annehmbar erscheinen lasse.[4] Der Rückgabeanspruch kann anders als bei der Darlehnshingabe mit fremden Mitteln nicht

2. Nach Weber mittelbare Stellvertretung in der Veräusserung.
3. Sogen. mittelbare Stellvertretung im Erwerb.
4. Dazu Weber a. a. O. S. 85 ff.

die Entgeltlichkeit ausmachen und demzufolge ein Anspruch aus § 816 Abs. I S. 1 gegen den Verfügenden auf Abtretung dieses Anspruches gegeben werden, weil der Durchgangserwerber eine rechtlich vollkommen verschiedene Stellung vom Darlehnsnehmer einnimmt. In dieser Beziehung kann der Durchgangserwerb höchstens mit der unentgeltlichen Verwahrung verglichen werden, deren Kennzeichnung schon die Annahme unterbindet, daß der Rückgabeanspruch des Hinterlergers das Geschäft zu einem entgeltlichen macht.

Darüberhinaus etwa die mit dem Rechtserwerb des Mittlers verbundene Aufforderung und Zusicherung, ein bestimmtes Verhalten einzuschlagen, als die Gegenleistung des Durchgangserwerbers aufzufassen,[5] ist eine künstliche Annahme, die um so weniger empfehlenswert ist, als sie auf das Merkmal der auch nur annähernden Gleichwertigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung verzichten müßte.[6] Und selbst dann noch müßte die Erwägung, daß der nicht eigeninteressierte Mittler eher schlechter als besser zu stellen ist als der unentgeltiche eigeninteressierter Erwerber, zur analogen Anwendung des § 816 Abs. I S. 2 auch in diesem Falle führen.

Die skizierte Lösung mindert die Bedenken herab, die gegen die Annahme des Eigentumserwerbs des Mittlers vom Nichtberechtigten bestehen. Sie werden aber damit nicht beseitigt und offenbaren sich geradezu als unüberwindliche, wenn der provisorische Erwerb mit dem bestimmungsgemäßen Verhalten der Mittelsperson sein Ende erreicht. Wäre es selbst dann noch möglich, aus der analogen Anwendung des § 816 Abs. I S. 2 alle übrigen Folgerungen zu ziehen, und darum den Durchgangserwerber bei entgeltlicher Weiterveräußerung gemäß § 818 Abs. II B.G.B. auf den Wert haften zu lassen und bei unentgeltlicher Veräußerung dem geschädigten Eigentümer einen Anspruch aus § 822 einzuräumen, so bedeutet dies doch praktisch ein Nichts. Der Wertersatzpflicht wird der Durchgangserwerber in den meisten Fällen nicht Genüge zu leisten brauchen, weil er alsbald nach der Veräußerung den dafür eingetauschten Gegenwert dem nichtberechtigten Verfüger ausgehändigt haben wird und darum sich auf seine mangelnde Bereicherung berufen kann, § 818 Abs. III. Aus ersichtlichen

5. Cosack a. a. O. S. 573.
6. Hellwig Rechtskraft S. 596 f, Kriegsmann a. a. O. S. 56 ff./73.

Gründen hat aber der Berechtigte gegen den Verfüger dann keinen Anspruch auf Herausgabe des Empfangenen. Der Fall des § 822 wird selten vorliegen.

Das Interesse des Berechtigten würde nach alledem nur unzulänglich geschützt werden. Berücksichtigt man, daß bei der zweiten Durchgangserwerbsart — der mittelbaren Stellvertretung im Erwerb — § 816 schon aus dem Grunde keine Anwendung finden kann, weil der Vertretene diesmal Erwerber ist, so wäre den unlauteren Machenschaften Tür und Tor geöffnet, wenn man den Eigentumserwerb des Mittlers anerkennen würde. Es könnte beispielsweise A., der den Fremdbesitz des B. kennt, die Sache aber gern zu Eigentum erwerben will, diesen Erfolg auf dem Umwege über den gutgläubigen C. erreichen, indem er ihn aus irgendwelchen Gründen beauftragt, den Gegenstand im eigenen Namen für seine — des A. — Rechnung zu erwerben.

Man hat deshalb verschiedentlich[7] den Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten abgelehnt und diese Fälle namentlich[8] mit einer Analogie aus § 166 Abs. II, B.G.B. zu lösen versucht. Das führt dazu, den Mittler, wenn er von dem Nichtberechtigten vorgeschoben ist, nicht Eigentum erwerben zu lassen, und wenn er für einen Dritten auftritt, es nur dann erwerben zu lassen, falls der Dritte auch selbst das Eigentum erwerben würde. Es ist hier nicht die geeignete Stelle, diese Lehre im einzelnen zu entwickeln, weil die Verneinung des Eigentumserwerbs durch die Mittelsperson nicht das hier behandelte zweifelhafte Anwendungsgebiet des § 816 betrifft, der ja gerade vom Gegenteil ausgeht. Im Ergebnis wird dieser Lehre aber beizupflichten sein, denn einmal ermöglicht sie eine gleichmäßige Entscheidung beider Durchgangserwerbsarten, zum anderen schützt sie den Berechtigten besser als die dargelegte Hilfslösung mit der Analogie aus § 816 Abs. I S. 2, und schließlich ist sie mit dem Gesetzeszweck durchaus vereinbar. Wenn das bürgerliche Gesetzbuch den Rechtserwerb vom Nichtberechtigten anerkannt hat, so geschah es nur deshalb, um den Erwerber in seinem Vertrauen auf seinen endgültigen Erwerb zu schützen. Beim bloß provisorischen Erwerb verdient das Vertrauen des Mittlers keinen Schutz, weil er nicht für sich erwirbt.

---

7. Weber a. a. O. S. 97 f. Stein (Diss.) S. 29 f.
8. So Weber.

Mit der Verneinung des Rechtserwerbs des Mittlers, dem die Sache von einem nichtberechtigten dominus gegeben worden ist, eröffnet sich die Möglichkeit, den Nichtberechtigten selbst aus § 816 in Anspruch zu nehmen, wenn der Durchgangserwerber wirksam verfügt hat. Die Ablehnung des Eigentumserwerbs durch den Mittler muß konsequent dazu führen, den Nichtberechtigten als durch ihn handelnd anzusehen. Erwirbt die Mittelsperson das lucrum aus der Verfügung auch im eigenen Namen, im Verhältnis des Nichtberechtigten und Durchgangserwerbers zum Berechtigten muß es als vom Verfügenden erworben gelten, zum mindesten wird dem Berechtigten ein Anspruch gegen den Nichtberechtigten auf Abtretung seiner Forderung gegen den Mittler zu geben sein, „weil man wohl sagen kann, daß er diese aus der Verfügung erlangt hat."[9]

§ 13. Besondere Zweifelsfälle aus dem Gebiet der beschränkten dinglichen Rechte.

Außer den bisher nur behandelten eigentumsvernichtenden Verfügungen Scheinberechtigter gibt es selbstverständlich auch solche, die neben dem Eigentum oder auch nur allein beschränkte Rechte betreffen. Hierbei ergeben sich ebenfalls einige Besonderheiten, die im Nachfolgenden noch kurz besprochen werden sollen. Zeigt sich bei diesen Verfügungen im Gegensatz zu den Totalverfügungen doch die eigentümliche Erscheinung, daß nicht nur ein Nichtberechtigter im wahrsten Sinne des Wortes, der also in keinerlei rechtlicher Beziehung zum Verfügungsobjekt vorher gestanden hat, vielmehr auch der Eigentümer durch eine Verfügung über sein belastetes Eigentum in Rechte Dritter eingreifen kann. Es unterliegt heute keinem Bedenken mehr, daß auch in diesen Fällen § 816 anzuwenden ist,[1] wenngleich der Eigentümer einer belasteten Sache als ein nur partiell Berechtigter und im übrigen, soweit ihm das Recht des Dritten entgegensteht, als ein Nichtberechtigter nicht aufgefaßt werden kann, denn bei den Rechten an Sachen handelt es sich nur um Beschränkungen des Eigentums, um Sachbelastungen und nicht um Absplitterungen aus

9. Oertmann B.G.B. 1929 § 816 A. 5a.
1. Planck B.G.B. 1928 § 816 A. 1. Freund a. a. O. S. 24.

dem Bündel von Eigentumsbefugnissen, die verselbständigt etwa eine Teilung des Eigentums zur Folge haben.

Mehr diese Verfügungen sollen hier in den Kreis der Betrachtungen gezogen werden als jene, bei denen Rechte an fremder Sache begründet werden, da in den letztgenannten Fällen die auftauchenden Zweifelsfragen schon genügend erörtert sind. Nur andeutungsweise seien hier von der zweiten Gruppe einige markante Fälle angeführt. Verpfändet ein Nichtberechtigter eine fremde Sache für ein empfangenes Darlehen oder bestellt der eingetragene Nichteigentümer aus gleichem Anlaß eine Hypothek am fremden Grundstück, so eröffnet sich das Problem, was als erlangt anzusehen ist. Will man dem Berechtigten nicht jeden Anspruch verwehren, so kann als Aequivalent der Verfügung nur die empfangene Darlehnsvaluta in Betracht kommen. Ihre Herausgabe wird aber nur verlangt werden können gegen Uebernahme der persönlichen Schuld, da es im Sinne des § 816 liegt, dem Nichtberechtigten seine durch die Verfügung erworbene Rechtsposition zu nehmen und ihn weder besser noch schlechter, sondern nur so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er die Verfügung nicht vorgenommen hätte.[2] Der Einwand, daß das Darlehn nichts durch die Verfügung Erlangtes sei, kann nicht erhoben werden; er widerlegt sich dadurch, daß der Darlehnsgeber ohne die Verpfändung sich nicht zur Hingabe der Darlehnssumme hätte bewegen lassen. Wirtschaftlich gesehen liegt es hier genau so wie beim Kauf; Kaufpreis und Darlehnsvaluta sind, um mit Schulz[3] zu sprechen, „wirtschaftliche Ergebnisse der Verfügungshandlungen." In diesem Zusammenhang sei ferner auf die negotia mixta cum donatione hingewiesen, bei denen eine befriedigende Lösung nur diejenige ist, die dem Berechtigten gegen den Veräußerer nach Vollzug der Auflage einen Anspruch aus § 816 Abs. I S. 1 auf den Wert der zu seinen Gunsten bestehenden Auflage und gegen den Drittterwerber einen Anspruch nach § 816 Abs. I S. 2 auf den Verfügungsgegenstand selbst, jedoch nur unter Erstattung der gemachten Auflage gewährt.[4]

Aber nicht nur wenn rechtsgeschäftliche Belastungen durch den Nichtberechtigten in Frage stehen, sondern auch

---

2. Planck B.G.B. 1928 § 818 A. 1c.
3. Schulz a. a. O. S. 43. Freund a. a. O. S. 53.
4. Goldmann-Lilienthal § 227 A. 5. Freund 53.

dann wird § 816 zum mindesten entsprechend anzuwenden sein, wenn ausnahmsweise ein gesetzliches Pfandrecht im guten Glauben erworben werden kann,[5] wie in den Fällen des § 366 H.G.B. und dem analog behandelten Fall des gesetzlichen Pfandrechts des Werkunternehmers, der die Fremdsache in Besitz bekommen hat. Als Aequivalent erscheint auch hier die Forderung gegen den Pfandgläubiger, zu deren Abtretung der Nichtberechtigte gegen Uebernahme der persönlichen Schuld für verpflichtet zu halten ist.

Diese wenigen Zweifelsfälle, deren Zahl um einige Beispiele wie namentlich den Fall der Auszahlung der Hypothekenschuld durch den vom persönlichen Schuldner verschiedenen Grundstückseigentümer an den eingetragenen Nichthypothekengläubiger (§ 1164 B.G.B.) noch vermehrt werden könnte, haben gezeigt, in welcher Linie sich die Anwendung des § 816 zu bewegen hat. Leitender Gesichtspunkt muß es immer bleiben, daß dem Verfügenden jeder Vorteil aus der Verfügung zu nehmen ist, daß er andererseits durch die Klage aus § 816 nicht schlechter gestellt werden kann, als er vor der Verfügung stand.

Weit größere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn nicht ein beschränktes Recht an fremder Sache begründet, sondern ein bestehendes zum Untergang gebracht wird. Hier wird, wie erwähnt, der Sachberechtigte häufig der Urheber der rechtsvernichtenden Verfügung sein. Ist sie unentgeltlich erfolgt, so ist es selbstverständlich, dem Betroffenen nach § 816 Abs. I S. 2 einen Anspruch auf Wiederherstellung seines Rechts gegen den lastenfreien Erwerber zu geben. Zweifelhaft ist indessen, worauf der Anspruch bei Entgeltlichkeit der Verfügung gerichtet ist. Möglich ist die Annahme, ihn auf den zu ermittelnden Mehrwert gehen zu lassen, den der Verfügende nicht erreicht hätte, wenn er den Gegenstand mit dem beschränkten Recht veräußert hätte. Diese Methode wird, weil die Versagung jeglichen Anspruches für den Betroffenen nicht dem Gesetzeszweck entspräche, überall da anzuwenden sein, wo andere Möglichkeiten, einen Ausgleich zu schaffen, sich nicht eröffnen — beispielsweise bei der eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast usw. zum Untergang bringenden Verfügung des Nichtberechtigten oder des Eigentümers selbst.[6] Der

5. v. Mayr a. a. O. S. 302.
6. A. A. Warneyer B.G.B. 1923 § 816 c. für die Reallast.

Mehrwert kann auf die Weise berechnet werden, daß man die zu ermittelnde Größe in das Verhältnis zum Erwerbspreis setzt, das dem Werte des belasteten zum Werte des unbelasteten Eigentums entspricht.[7] Den Mehrwert bildet dann die Differenz zwischen dem wirklichen und dem errechneten wahrscheinlichen Erwerbspreis.

Diese Maßnahme ist ein Behelf, mit dem die Unbilligkeiten geebnet werden können, die für die Betroffenen mangels einer anderen geeigneten Regelung sonst eintreten würden. Wo aber ausnahmsweise sich Mittel und Wege finden lassen, die eine für den Geschädigten gerechtere Lösung ermöglichen, da sollte man keine Bedenken tragen, sie auszunutzen. Dies ist der Fall beim Pfandrecht und beim Nießbrauch. Es surrogiert zwar der Verfügungserlös nicht, wenn über die belastete Sache in dieser Weise verfügt wird, es ist indessen wegen fehlender Gegengründe möglich, und es wird dem Pfand- und Nießbrauchsinstitut mehr gerecht, wenn man in diesen Fällen die §§ 1074, 1281 ff, insbesondere § 1075 und § 1287 B.G.B. entsprechend anwendet,[8] als wenn man auch hier den oben vorgeschlagenen Standpunkt vertritt. Es wird den Beteiligten beim Pfand garnicht und beim Nießbrauch nur wenig dadurch geholfen, daß man eine Klage nach § 816 auf den errechneten Mehrwert gibt. Die Zubilligung des Mehrwertes widerspricht dem Zweck des Pfandrechts, weil sie an die Stelle des Sicherungsobjektes, dessen Verwertung durch die immerhin in Aussicht stehende Begleichung der Schuld verhindert werden kann, schon jetzt ein anderes setzt, das endgültig in das Vermögen des Gläubigers überführt wird, das andererseits weder quantitativ noch qualitativ dem Pfande gleichkommt. Beim Nießbrauch verhält es sich fast ebenso; die Bewilligung des Mehrwertes stellt den ehemaligen Nießbraucher zwar nicht quantitativ, wohl aber im Effekt besser, weil sie ihm über das bloße Nutzungsrecht hinaus einen im Eigenerwerb bestehenden Vorteil gewährt, den er sonst nicht haben würde. Da die angezogenen Tatbestände den Fällen der §§ 1074 ff., 1281 ff. B.G.B. durchaus entsprechen, erscheint es angemessen, sie diesen gleich zu beurteilen.

Es soll hier auch noch eines weiteren zweifelhaften An-

7. im Anschluß an OLGE. 22/407 u. Seuff. Bd. 57 Nr. 143.
8. Freund a. a. O. S. 62.

wendungsfalles des § 816 gedacht werden, der durch die Aufwertungsgesetzgebung vom Jahre 1925 geschaffen worden ist. § 20 des Aufwertungsgesetzes, der in seinem entscheidenden Teile sagt, die Aufwertung einer gelöschten Hypothek könne bei Entgegenstehen der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht verlangt werden, läßt es zweifelhaft erscheinen, ob dem Gläubiger einer an sich kraft Rückwirkung nach § 16 AWG. aufwertbaren Hypothek ein Anspruch nach § 816 Abs. I S. 2 gegen den gutgläubigen unentgeltlichen Grundstückserwerber zu geben ist. § 19 AWG., der die Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen ausschließt, steht nicht entgegen, weil hier unterstellt ist, daß es sich um eine an sich aufwertungsberechtigte Hypothek handelt, und § 19 nur die Fälle treffen will, in denen über die vom Gesetz selbst geschaffenen Aufwertungsfälle hinaus von der Partei ein Anspruch unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung geltendgemacht werden sollte. Man könnte aber geneigt sein,[9] den § 816 Abs. I S. 2 deshalb nicht anzuwenden, weil der Veräußerer als Eigentümer des damals mit dieser Hypothek nicht belasteten Grundstückes zur Zeit der Verfügungsvornahme kein Nichtberechtigter im Sinne des § 816 war. Wenn auch das Grundstück nach dem damaligen Rechtszustande als insoweit lastenfreies veräußert werden konnte, so kann doch deswegen die Anwendbarkeit des § 816 nicht versagt werden, weil die durch die neue Gesetzgebung geschaffene rückwirkende Kraft der Aufwertung die Hypothek zu dem Betrage als zu Unrecht gelöscht erscheinen läßt. Es ist so anzusehen als hätte die Hypothek noch bestanden, und als wäre sie erst durch den redlichen Erwerb des Rechtsnachfolgers des Grundstückseigentümers untergegangen. Das führt dazu, dem Gläubiger einen obligatorischen Anspruch mindestens unter entsprechender Anwendung des § 816 Abs. I S. 2 gegen den unentgeltlichen Grundstückserwerber zu geben, der sich von dem auf das alte Rangverhältnis gerichteten Aufwertungsanspruch mitunter nicht unwesentlich unterscheidet.[10]

Den bisher besprochenen sachenrechtlichen Tatbeständen der Vernichtung beschränkter dinglicher Rechte an fremden

9. So Quassowsky AWG. S. 309.

10. Planck B.G.B. 1928 § 816 A. 5. Staudinger B.G.B. 1929 § 816 A. 1a. Mügel a. a. O. § 20 S. 744, insbes. S. 765 ff. RGE. 119/311.

Sachen ähneln die Fälle, in denen dem Schuldner Einreden gegen der Forderungserwerber abgeschnitten werden, die er gegen den abtretenden Gläubiger hatte. Es fragt sich, ob auch hier § 816 anzuwenden ist. Es handelt sich hauptsächlich um die §§ 405, 784 Abs. I, 792 Abs. II, 796 B.G.B., 364 Abs. II. H.G.B., Art. 82 WO., § 18 Abs. II, Scheckgesetz. Mit Ausnahme des von den übrigen Vorschriften grundverschiedenen § 405 B.G.B. wird hier § 816 nicht oder doch nur beschränkt anwendbar sein, denn nur dort, nicht aber in den übrigen Fällen handelt der Zedent immer als Nichtberechtigter, weil für ihn bei der verbrieften simulierten Forderung kein Gläubigerrecht und bei der vereinbarungsgemäß unabtretbaren Forderung zwar ein solches geschaffen worden ist, das aber nach dem Parteiwillen in seiner Existenz auf den Urgläubiger beschränkt sein soll. Verfügt er dennoch über die verbriefte Forderung in einer Weise, die es dem Dritten nach dem Gesetz möglich macht, die Forderung zu erwerben, so entspricht der Fall in allem dem im § 816 normierten Tatbestand. Gegenstand der Verfügung ist die Schein- bezw. unabtretbare Forderung, hinsichtlich deren der Verfügende als Nichtberechtigter anzusehen ist, weil er nicht derart Herr über das Objekt war, daß er die Verfügung hätte vornehmen dürfen.

Bei den übrigen angeführten Gesetzesstellen kann § 816 nur bei Gleichheit der Tatbestände Anwendung finden, die z. B. gegeben ist bei Indossierung eines schon bezahlten, versehentlich beim Gläubiger verbliebenen Wechsels. Wo es sich aber um Einreden anderer Art, z. B. Stundung handelt, deren Vernichtung keine Verpflichtung zu Lasten des Schuldners neu entstehen läßt, wird § 816 abzulehnen sein,[11] denn zur Verfügung über die einredebehaftete Forderung ist der Gläubiger berechtigt und seiner Berechtigung steht der durch die Redlichkeit des Dritten eintretende Verlust von Einreden des Schuldners gegen den Erwerber nicht im Wege. Es fehlt also in diesen Fällen schon an dem Begriffselement der Nichtberechtigung, darüberhinaus versagt die Anwendbarkeit des § 816 deshalb, weil ein Verteidigungsmittel, wie die Einrede es ist, nicht als Vermögensgegenstand im Sinne des § 816 aufgefaßt werden kann, da im Gegensatz zu den beschränkten dinglichen Rechten an fremder Sache über sie ohne gleichzeitige

11. Hellwig Rechtskraft S. 98, 294 f. A. 23.

Verfügung über die Forderung selbständig nicht disponiert werden kann.[12]

III. Abschnitt.

§ 14. Schlußbemerkung.

Bei diesen Zweifelsfällen mag es sein Bewenden haben. Eine erschöpfende Behandlung aller beim § 816 auftauchenden Zweifelsfragen kann angesichts der mannigfaltigen Erscheinungen des Rechtslebens nicht gegeben werden, und sie war auch garnicht beabsichtigt. Es lag dem Verfasser mehr daran, einzelne markante Fälle herauszugreifen und zu prüfen, ob sie mit unserer Gesetzesbestimmung entschieden werden können, insbesondere ob die gefundene Lösung mit dem Prinzip des § 816 Abs. I S. 2 vereinbar ist. Diese Bestimmung trug zunächst sehr wesentlich zur Kennzeichnung des Anspruches als eines besonderen Ausgleichsanspruches bei und ermöglichte damit die von den übrigen Bereicherungsvorschriften verschiedene Behandlung der Frage des Haftungsumfanges, ein Problem, das gerade bei der Zwangsvollstreckung in fremde bewegliche Sachen akut wird. Sie gab den Ausschlag für die Behandlung des Falles der Kraftloserklärung einer abhandengekommenen, zwischenzeitig von dritter Seite gutgläubig erworbenen Inhaberschuldverschreibung, dessen materielle Lösung mit § 816 ein durchweg befriedigendes Ergebnis zeitigte, weil der analog § 816 vom Erstreiter abzutretende Anspruch aus der unrechtmäßigen Verfügung des Diebes dem Ausgeschlossenen auch dann nach § 816 Abs. I S. 2 einen Ersatz schaffte, wenn die Verfügung unentgeltlich erfolgt war. § 816 Abs. I S. 2 war es ferner, der bestimmend ins Gewicht fiel für oder gegen die Subsumtion der Fälle, in denen die unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten durch Genehmigung, Spezifikation und Ersitzung rechtlichen Bestand erhielt. Sein Zweckgedanke ließ es gerechtfertigt erscheinen, in den Fällen wirksamer, aber rechtsgrundloser Verfügung und beim eigentumsvernichtenden Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten dem betroffenen Eigentümer einen Anspruch unmittelbar gegen den Erwerber unter Durchbrechung der Rückgabeansprüche des Verfügenden zu geben. Schließlich erwies

12. Freund a. a. O. S. 64, allerdings für jede einredevernichtende Verfügung. Zu weitgehend Weber a. a. O. S. 83.

sich § 816 Abs. I S. 2 auch als ein wertvoller Stützpunkt für die Beurteilung der Fragen, ob einem schenkweisen Erlaßvertrag eines Nichtberechtigten Wirksamkeit beizulegen ist, ob bei der Verfügung zu unsittlichen Zwecken dem Berechtigten nach dem Prinzip des § 817 jeder Anspruch zu verwehren ist, und endlich ob dem nach § 20 AWG. nicht aufwertungsberechtigten Hypothekengläubiger wenigstens ein obligatorischer Ausgleichsanspruch unter dem Gesichtspunkt des § 816 Abs. I S. 2 gewährt werden kann.

Damit kam speziell dieser Bestimmung über das gesetzlich geschaffene Anwendungsgebiet hinaus eine hervorragende und nicht zu unterschätzende Bedeutung für die Entscheidung zweifelhafter Fragen zu.